



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
GIURISPRUDENZA**

Tesi di Laurea

**IL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO
SESSO IN ITALIA: PROFILI COSTITUZIONALI**

Il Candidato
Francesco Giamblanco

Il Relatore
Prof. Angioletta Sperti

A.A. 2012/ 2013

INDICE

Introduzione.....	1
--------------------------	----------

Capitolo I - Unioni civili, convivenze more uxorio e matrimonio fra omosessuali.....	5
---	----------

1.1 – Premessa.....	5
1.2 - Cenni storici.....	7
1.3 - Proposte di legge.....	9
1.3.1 - Pacs e Dico.....	12
1.4 - Diritti e doveri dei conviventi nel nostro ordinamento.	16
1.5 - Gli accordi di convivenza.....	18
1.6 - I registri anagrafici comunali.....	20
1.7 - Regioni e unioni civili.....	21
1.8 - Tra le unioni omosessuali e il “paradigma del matrimonio eterosessuale”.....	22

Capitolo II - La normativa e la giurisprudenza europea.....	31
--	-----------

2.1 – Premessa.....	31
2.2 - Corte Edu, sentenza Karner c. Austria del 2003.....	33
2.3 - Corte Edu, sentenza Kozak c. Polonia del 2010.....	35
2.4 - Corte Edu, sentenza Schalk and Kopf c. Austria del 2010.....	38

Capitolo III - La Giurisprudenza italiana.....44

3.1 – Premessa.....	44
3.2 - Sentenza della Corte Costituzionale n°138/2010.....	45
3.2.1 - Premessa.....	45
3.2.2 - Questioni di legittimità sull'art. 2 della Costituzione.....	49
3.2.3 - Questioni di legittimità sull'art. 3 della Costituzione.....	53
3.2.4 - Questioni di legittimità sull'art. 29 della Costituzione.....	55
3.2.5 - Questioni di legittimità sull'art. 117 della Costituzione.....	58
3.2.6 - Considerazioni conclusive.....	60
3.3 - Sentenza della Corte Cassazione n°4184/2012.....	65

Capitolo IV - Un caso aperto: matrimonio, mutamento di sesso e “divorzio imposto”.....76

4.1 – Premessa.....	76
4.2 - Caso Bernaroli: i fatti.....	77
4.3 - La Legge n. 164 del 14 aprile 1982.....	80
4.4 - Il ricorso in Cassazione.....	87
4.5 - L'ordinanza n. 14329/2013.....	91
4.6 - I precedenti.....	99
4.7 - Le questioni di costituzionalità nell'ordinanza della Cassazione.....	105
4.8 – Considerazioni conclusive.....	112
4.9 - In prospettiva: le possibili risposte della Corte.....	118

Conclusioni.....	123
-------------------------	------------

Appendice - Cronologia delle proposte di legge sulle unioni civili al Parlamento italiano.....	127
---	------------

Bibliografia.....	130
--------------------------	------------

Riferimenti normativi e giurisprudenziali.....	139
---	------------

Introduzione

Da diversi anni il dibattito pubblico affronta con sempre maggior frequenza la tematica dei diritti degli omosessuali e delle coppie dello stesso sesso, tematica che riveste oggi una dimensione tale da permetterci di sostenere che si tratta di uno dei più caldi e attuali fronti di rivendicazione dei diritti civili del nostro tempo. Il solo 2013 è stato un anno fuori dall'ordinario: grandi Paesi come la Francia e l'Inghilterra hanno legiferato, aprendo al matrimonio tra omosessuali; anche la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ha emanato una sentenza, indirizzata in tal senso, che non sembra eccessivo definire di portata storica.

Dunque, è palesemente un periodo fertile, una sorta di primavera dei diritti civili, un momento in cui la cultura dell'Occidente sta finalmente prendendo atto e dando risposte concrete a un bisogno primario di quella parte della società che di tali diritti chiede a gran voce il riconoscimento e l'estensione, ma anche di quella parte della società apparentemente estranea, la quale si riconosce in tali battaglie, in quanto proscenio di conquiste civili, di giustizia, di dignità, di rispetto e di tolleranza.

Quando si parla di matrimonio omosessuale, in realtà non si ipotizza nulla che stravolga l'istituto come lo si è inteso fino ad oggi; semplicemente, quello che molti Paesi hanno già fatto e stanno progressivamente facendo, è rendere il matrimonio “neutrale” dal punto di vista del genere di appartenenza dei nubendi, così da mettere fine ad una vera e propria

discriminazione nei confronti di coloro che, da tempo ormai immemore, si vedono negato un diritto che nella coscienza comune assume sempre più il connotato dell'inviolabilità, un diritto che non è errato definire, prendendo in prestito uno degli attributi più nobili usati (non direttamente in questo contesto) dalla nostra Costituzione, “*fondamentale*”.

Il nostro Paese, come vedremo con maggiore attenzione nel prosieguo delle pagine, non ha ancora preso parte a quella “primavera” di cui si parlava qualche rigo *supra*; l'Italia infatti non ha ancora provveduto a varare alcuna disciplina normativa, né di ammissibilità del matrimonio, né di riconoscimento (invocato anche dai cittadini eterosessuali) delle unioni civili, cioè delle convivenze *de facto*, cosiddette *more uxorio*.

Sia che si parli di unioni civili, sia che si parli di matrimonio (concetti ben diversi tra loro, ma che per forza di cose non possono non essere assimilate e analizzate nello stesso contesto, trattando l'argomento in questione), il vuoto presente nel nostro ordinamento, dovuto all'inerzia del legislatore, ha fatto sì che un ruolo attivo in questo campo del diritto, fosse necessariamente svolto dai giudici; dunque, in questi anni, attendendo e invocando un intervento diretto degli organi preposti a tale compito, sono state le corti a dare risposte concrete a chi ha invocato diritti, a chi ha denunciato discriminazioni e soprusi; e lo hanno fatto nel rispetto della Costituzione, della legge e della sovranità del Parlamento.

La tesi si occupa quindi di approfondire la tematica del matrimonio omosessuale nell'ordinamento giuridico del nostro

Paese: accennando alle proposte di legge che negli anni sono approdate, tra imbarazzanti silenzi o accesi dibattiti, presso le aule parlamentari; esaminando con attenzione la giurisprudenza (sia di merito che di legittimità) che ha segnato tappe fondamentali in questo cammino lento e difficile, senza mai spostare però l'attenzione dalle decisioni che sono state emanate a livello europeo, dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Suddivisa in 4 capitoli e in diversi paragrafi e sottoparagrafi, questa disamina punta ad analizzare la giurisprudenza italiana, soffermandosi in particolare su due decisioni che gran parte della dottrina non ha esitato a definire storiche: la sentenza della Corte Costituzionale 138 del 2010 e quella della Corte di Cassazione 4184 del 2012; entrambe rappresentano indubbiamente due momenti di fondamentale sviluppo e, per molti versi, anche di apertura nell'evoluzione della materia; rappresentano indubbiamente due tappe con cui il giurista e ancor di più il legislatore dovranno confrontarsi nell'interpretazione attuale dei principi e nell'emanazione dei dettati normativi futuri.

L'ultimo capitolo del presente lavoro è dedicato invece ad un caso ancora aperto e in via di discussione presso la Consulta: è la vicenda di una coppia sposata, il cui matrimonio è stato dichiarato sciolto dallo Stato, contro la volontà di entrambi i coniugi, in seguito al mutamento di sesso di uno dei due; è un caso che ritengo non solo di straordinaria attualità, ma soprattutto di straordinaria importanza per gli elementi che lo

contraddistinguono e che lo collegano al resto della trattazione: è un caso che parla di matrimonio, di orientamento sessuale e di identità di genere, ma soprattutto del diritto di autodeterminazione e di libertà personale. L'analisi del caso non è fine a se stessa, ma è senza dubbio improntata alla ridefinizione dei principi costituzionali messi in gioco dalla vicenda e alla previsione delle probabili risoluzioni, in relazione alle ipotetiche conseguenze che esse potrebbero avere se connesse al resto della materia.

Intraprendo questo lavoro con la speranza che esso rappresenti un piccolo ma non inutile né banale tassello del lungo e arduo percorso di costruzione del diritto al matrimonio omosessuale, che, nel panorama del progresso civile, è sinonimo di non discriminazione, di uguaglianza e di libertà.

Capitolo I

Unioni civili, convivenze more uxorio e matrimonio fra omosessuali

1.1 - Premessa

È sempre più diffusa la tendenza ad aggettivare il termine famiglia: si parla infatti di famiglia “di fatto”, famiglia “ricomposta”, famiglia “allargata”, e così via; talvolta, il termine famiglia, da soggetto diventa aggettivo: si pensi alle “convivenze familiari”, alle “unioni familiari”, alle “comunità di tipo familiare”¹. Tutto ciò è connesso con l'emergere nella nostra società di varie forme di convivenza (diverse da quelle cosiddette “tradizionali”) e dalla relativa richiesta di riconoscere e garantire a tali realtà una tutela sul piano giuridico.

All'estero, in molti Paesi occidentali, sono state introdotte discipline normative che, seguendo linee direttrici e modelli diversi, hanno in qualche modo introdotto una tutela giuridica: alcuni allargando il concetto di “matrimonio” e facendo quindi diventare “famiglia” anche persone dello stesso sesso, altri istituendo le “unioni registrate” sulla base di una logica di parallelismo con l'istituto del matrimonio, altri ancora adottando soluzioni più blande, che non danno luogo all'acquisto di alcuno status civile. In Italia non è stato ancora adottato alcun modello, alcuna disciplina, non è ancora stata varata una normativa in grado di dare risposte concrete a quella parte della società che invoca, chiede e spesso si batte per il riconoscimento di questi diritti civili, strettamente connessi allo svolgimento della vita privata, intima, affettiva e familiare. Non sono mancati i tentativi, le proposte,

1 ROSSI, *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, ed. Plus 2009, pag. 229.

le battaglie (parlamentari e non), non sono mancate nella nostra società la forza e l'energia per sollevare la questione, per dar voce ad un bisogno considerato primario, fondamentale.

Sono definite unioni civili quelle forme di convivenza fra due persone legate da vincoli affettivi ed economici, che non sono vincolate dal matrimonio, o per scelta, o perché impossibilitate a contrarlo. Costituiscono dunque le cosiddette “*coppie di fatto*” quelle coppie eterosessuali o omosessuali che non sono riconosciute giuridicamente dall'ordinamento italiano ma che tuttavia, indirettamente e frammentariamente, godono di una serie di diritti e doveri.

Un aspetto fondamentale da cui partire per la disamina dell'argomento, è la definizione del modello di famiglia² sancito dalla nostra Costituzione, ove l'art. 29 la definisce come “*società naturale fondata sul matrimonio*”. È molto importante osservare che la definizione di matrimonio, così come emerge dagli articoli della Costituzione e del Codice Civile (143, 144, 144 e ss.), non prevede la diversità di sesso dei cosiddetti “*nubendi*” tra i suoi requisiti espressi. È molto probabile però che la Costituzione non abbia fatto un esplicito riferimento a tale aspetto, non perché eccessivamente aperta e lungimirante, bensì perché lo ritenesse (al momento della sua entrata in vigore) un requisito implicito; da sempre infatti dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto la “*diversità di sesso*” e la “*volontà di contrarre*” i due requisiti fondanti il contratto matrimoniale.

L'espressione “*coppia di fatto*” è strettamente connessa (come si evince dalla scelta terminologica) all'assenza di una normativa

² Per l'approfondimento di questa breve premessa sull'interpretazione del *modello di famiglia* si rimanda ai paragrafi successivi, in cui, con la dovuta attenzione, si sviscera la sentenza 138 della Corte Costituzionale.

giuridica unitaria; ciò però non esclude l'insorgenza e l'esistenza, in capo ai conviventi, di una serie di diritti e doveri, seppur riconosciuti in maniera poco omogenea. Esistono norme e decisioni giurisprudenziali che in modo frammentario e disordinato ne trattano alcuni aspetti, facendo sì che, ad oggi, la “*coppia di fatto*” non sia poi completamente irrilevante per il nostro ordinamento.

1.2 - Cenni storici

Sono disseminati un po' ovunque, nella storia del nostro diritto, i richiami al fenomeno della convivenza *more uxorio*. La prima legge italiana contenente riferimenti al fenomeno della convivenza è un provvedimento del 1918 col quale, in presenza di tutti i requisiti, la convivente, non necessariamente coniuge/vedova, poteva ottenere la pensione di guerra³.

Oggi, l'ordinamento penitenziario prevede che gli incontri col detenuto possano essere richiesti anche dal convivente (e non necessariamente dal coniuge)⁴. Anche la legge 40 del 2004 sulla procreazione assistita, all'art. 5 apre alle coppie “coniugate o conviventi” precisando però che siano “di sesso diverso”⁵.

3 Decreto luogotenenziale 27 ottobre 1918, n. 1276 (raccolta organica di norme legislative con cui tutto il problema delle pensioni di guerra venne regolato con più vasti criteri di equità e con maggiore larghezza sotto il punto di vista economico).

4 Riguardo all'individuazione delle persone ammesse ai colloqui, la circolare D.A.P. n. 3478 del 1998 è concorde con la dottrina prevalente nel ritenere che sia la legge che il regolamento utilizzano i termini “congiunti” e “familiari” come equivalenti. La dottrina, richiamata dalla stessa circolare, (1) opera tuttavia una distinzione teorica tra i due termini, intendendo con il termine “congiunti” le persone legate da un rapporto di parentela o di affinità, e con il termine “familiari”, i congiunti conviventi. Questi ultimi vengono inoltre assimilati alla diversa espressione “prossimi congiunti”, contenuta nell'art. 307 del codice penale, richiamata in tal senso dalla circolare dell'Ufficio Studi del D.A.P. n. 2656/5109 del 15 gennaio 1980).

5 Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso

È evidente dunque che le scelte normative che costellano la storia del nostro ordinamento giuridico sono ancorate a differenti modalità di apertura al fenomeno delle convivenze, soprattutto in riferimento alla differenza tra la coppia eterosessuale e la coppia omosessuale. Non si può infatti non prescindere, nell'affrontare l'argomento, dall'aspetto socio-culturale, dal *modus* in cui gli italiani, storicamente, hanno considerato e considerano il “fenomeno” dell'omosessualità.

Ci fu un momento (intorno al 1860) in cui l'appena nato Regno d'Italia, per via dell'annessione di ordinamenti di diversa provenienza, in alcune regioni puniva e in altre non puniva i cosiddetti “*atti di libidine tra maschi*”. Questa bizzarra situazione fu sanata nel 1887 con la promulgazione del Codice Zanardelli, che aboliva la differenza di trattamento tra atti omosessuali ed eterosessuali su tutto il territorio del Regno. Tale situazione rimase invariata anche durante il fascismo, in occasione della promulgazione, nel 1930, dell'attuale codice penale Rocco. Era pensiero ricorrente quello secondo cui, per non creare scandali, fosse compito non dello Stato, bensì della Chiesa Cattolica, la repressione di tale fenomeno, che più che civile era quindi considerato un problema morale. Ovviamente non mancarono nel corso del ventennio atti diretti a colpire i comportamenti omosessuali⁶, dalle

diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

6 Il fascismo perseguì gli omosessuali, anche se il codice penale Rocco, a differenza del Paragrafo 145 voluto da Hitler, non conteneva al suo interno una specifica normativa anti-omosessuale. Nel progetto del Codice Rocco del 1927, peraltro, era previsto un articolo, il 528, che puniva con la reclusione da uno a tre anni i colpevoli di relazioni omosessuali. Alla fine, però, il regime fascista decise di eliminare tale articolo dalla versione finale del codice, non certo per motivazioni liberali, ma perché prevedere il reato di omosessualità, significava ammettere l'esistenza degli omosessuali in Italia, come si legge nella relazione redatta dalla Commissione Appiani, che aveva il compito di discutere l'attuazione della nuova normativa.

ammonizioni, alle sanzioni amministrative, compreso il confino⁷.

Per decenni non è mai stata modificata l'impronta del codice penale nei confronti del fenomeno dell'omosessualità, né in meglio né in peggio, cioè né in senso protettivo, né in senso repressivo, continuando dunque a relegarla a questione morale, estranea alle funzioni statali, e strettamente legata al ruolo della religione. Questo atteggiamento ha impedito, nel tempo, fortunatamente, l'approvazione di leggi che criminalizzassero l'omosessualità, come accadde invece in varie nazioni occidentali nel corso del dopoguerra.

Questo atteggiamento di “indifferenza” politica però non è venuto meno neanche in tempi più recenti, addirittura fino alla XIII Legislatura (1996-2001), durante la quale il Parlamento ha rifiutato di affrontare direttamente l'argomento, evitando di portare alla discussione le proposte di legge che nel frattempo erano state redatte, quali frutto del dibattito socio-culturale che sempre più spingeva verso l'esigenza di un riconoscimento di tali diritti civili.

1.3 - Proposte di legge

La prima proposta di legge per dare riconoscimento giuridico alle coppie di fatto fu elaborata nel 1986 dall'Interparlamentare donne Comuniste e da Arcigay (associazioni culturali per la difesa dei diritti LGBT). Fu presentata, seppure mai calendarizzata, nel 1988, da Alma Agata Capiello, avvocato e parlamentare socialista. La proposta ebbe ampia risonanza sulla stampa (che semplificando parlò di “*matrimonio*

⁷ Secondo il regime: “Gli italiani sono troppo virili per essere omosessuali”. Il confino per gli omosessuali non fu eseguito secondo un'apposita legge, confermando in questo modo gli omosessuali come un gruppo, ma secondo il Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza, promulgato con Regio decreto n. 773 il 18 giugno 1931. Questa legge dava diritto alla polizia di allontanare dalla società tutte quelle persone che avessero avuto un atteggiamento scandaloso.

di serie b”). A seguire, dagli anni Novanta in poi, sono stati innumerevoli i disegni e le proposte, di cui pochi approdati alla discussione parlamentare, ma che hanno tenuto sempre vivo il dibattito e sempre acceso l'interesse dell'opinione pubblica. A questi vanno sommati gli inviti del Parlamento Europeo a parificare le coppie gay a quelle eterosessuali così come le coppie conviventi a quelle sposate⁸.

Nel corso della XIII Legislatura fu presentata una decina di disegni di legge; nessuno di questi arrivò mai all'ordine del giorno dei lavori delle Camere, anche per il veto espresso ed esplicito delle gerarchie cattoliche, influenti su entrambe le coalizioni. Nel settembre 2003 il Parlamento Europeo ha approvato una risoluzione sui diritti umani in Europa (nota come Rapporto Sylla sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea) nella quale ribadisce la richiesta “*agli Stati membri di abolire qualsiasi forma di discriminazione - legislativa o de facto - di cui sono ancora vittime gli omosessuali, in particolare in materia di diritto al matrimonio e all'adozione*” e raccomanda “*agli Stati membri di riconoscere, in generale, i rapporti non coniugali fra persone sia di sesso diverso che dello stesso sesso, conferendo gli stessi diritti riconosciuti ai rapporti coniugali, oltretutto adottando le disposizioni necessarie per consentire alle coppie di esercitare il diritto alla libera circolazione nell'Unione*”. Nel corso della XIV legislatura, il dibattito sull'approvazione di una proposta per i PACS ha trovato un consenso trasversale. Il deputato Franco Grillini, appena eletto, presentò una proposta di legge (l'8 luglio 2002) simile a quella firmata nella precedente legislatura dal deputato Soda, che ricalcava il

⁸ Risoluzione per la parità dei diritti omosessuali e delle lesbiche nella Comunità europea dell'8 febbraio 1994, nella quale si invita la Commissione ad agire per porre fine “*agli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente , garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni*” e porre fine “*a qualsiasi limitazione del diritto degli omosessuali di essere genitori ovvero di adottare o avere in affidamento dei bambini*”.

matrimonio sul modello delle leggi nel frattempo approvate nei paesi scandinavi (in particolare la Danimarca).

Un avvenimento che ha dato notevole risonanza ai PACS è stata l'unione, il 21 ottobre 2002, presso il Consolato francese a Roma, tra Alessio De Giorgi e Christian Pierre Panicucci (che possiede anche la cittadinanza francese, Paese dotatosi dei Pacs nell'ottobre 1999), imprenditori e animatori della comunità virtuale Gay.it su Internet, impegnati da anni nel movimento di liberazione omosessuale italiano. Il giorno stesso il deputato Grillini presentava la proposta di legge, sottoscritta da 161 parlamentari di centro sinistra.

Nel febbraio 2007 fu depositata una nuova proposta, che formalizzava il riconoscimento delle unioni civili, sotto il nuovo nome di DICO, distaccandosi così dai Pacs di tipo francese. L'iter parlamentare di tale disegno fu interrotto dalla caduta del Governo Prodi II. Nel corso della XVI Legislatura è stato depositato alla Camera dei deputati, un disegno di legge riguardante le coppie conviventi, conosciuto con il nome di DiDoRe (DDL N. 1756, *Disciplina dei diritti e dei doveri di reciprocità dei conviventi*, 8 ottobre 2008).

Le proposte presentate in Parlamento si presentano alquanto differenziate, sia per contenuti che per tecnica legislativa prescelta⁹. Si va da interventi minimali, talora confinanti nello stretto ambito del diritto civile, tesi a dare uno statuto giuridico essenziale alle coppie di fatto, ad interventi di ampio respiro afferenti all'intera materia

⁹ Una sintesi delle diverse proposte parlamentari, in chiave schematica, è contenuta in A. CORRADO, *Confronto aperto sulle altre proposte presentate in Parlamento*, in *Il Sole 24 Ore - Famiglia e Minori*, 1 marzo 2007, n. 3, 23 ss. L'analisi di alcuni testi è sviluppata da T. MARVASI, *Nella costruzione normativa la famiglia "tradizionale" resta il punto di riferimento*, in *Il Sole 24 Ore - Famiglia e Minori*, 1 marzo 2007, n. 3, 29 ss.

familiare, introducendo modifiche anche al sistema dell'affiliazione e dell'adozione¹⁰. Talune proposte istituzionalizzano il rapporto di convivenza attraverso modalità del tutto analoghe a quelle della celebrazione del rito del matrimonio, mentre altre prediligono una registrazione limitata ai soli effetti probatori o il profilo contrattuale affidato alla registrazione notarile. In ragione dell'approccio prescelto variano, di conseguenza, le situazioni giuridiche riconosciute. Dalla piena assimilazione agli effetti del matrimonio si giunge fino al riconoscimento mirato di diritti.

Ampio, inoltre, è il ventaglio delle denominazioni degli istituti prescelti, in relazione al contenuto della disciplina che si intenderebbe introdurre. Si va così, dalla *“unione registrata”* alla *“unione civile”*, alle *“unioni di mutuo aiuto”*, al *“patto civile di solidarietà”*, alla *“famiglia di fatto”*, al *“contratto d'unione solidale”*, alle *“unioni di fatto”*, al *“contratto di convivenza”*, alle *“coppie di fatto e nuclei stabili di persone”*, alla *“convivenze di fatto”*.

Per avere una visione più omogenea possibile, ho stilato la cronologia¹¹ di tutte le proposte di legge sulle unioni civili presentate ad oggi al Parlamento italiano. Mi soffermerò poi, con maggiore attenzione, su alcune di esse, quelle che più di tutti hanno rappresentato un momento importante di dialogo e di interesse socio-politico-mediatico: i PACS e i DICO.

1.3.1 Pacs e Dico

Tra la XIV e la XV legislatura, periodo che va complessivamente dal 2001 al 2008, furono presentate una serie di

¹⁰ S62 del 28 aprile 2006, Malabarba relativamente all'istituto dell'unione civile e dell'unione registrata.

¹¹ In appendice.

proposte di legge che proponevano il modello francese dei PACS, “*Patti civili di solidarietà*”, intesi come contratti tra due persone maggiorenni dello stesso sesso o di sesso diverso, al fine di organizzare la loro vita in comune. Il PACS, nella realtà francese, è stato introdotto con la legge 944 del 99. In dettaglio, esso è un contratto concluso con una dichiarazione congiunta scritta, presso la cancelleria del *Tribunal d'instance*, nella giurisdizione di residenza; il testo della convenzione è iscritto in un registro tenuto presso la cancelleria. Il patto ha ad oggetto l'organizzazione della vita comune dei contraenti.

La disciplina, al riguardo, stabilisce un nucleo minimo di disposizioni non derogabili; per il resto si rinvia all'autonomia negoziale; nulla viene detto sugli aspetti personali della vita comune e si fa solo accenno ad una medesima residenza (proprio riguardo all'individuazione del Tribunale presso la cui cancelleria il patto andrà iscritto). Oltre a quello generico dell'aiuto reciproco, nessun obbligo la legge fissa riguardo ai rapporti personali e tace del tutto in ordine alla filiazione. Maggior attenzione è rivolta ai profili patrimoniali dell'istituto. “*In relazione al regime dei beni, il legislatore ha stabilito che i mobili di arredamento acquisiti a titolo oneroso successivamente alla conclusione del patto, o la cui data d'acquisto non può essere stabilita, si presumono indivisi. Gli altri beni acquisiti a titolo oneroso dopo la conclusione del patto, si presumono in comunione per metà. Le parti possono, tuttavia, derogare a tale regime, facendone menzione nel singolo atto di acquisto o al momento della sottoscrizione del patto di solidarietà*”¹². Le ultime disposizioni di parte generale si riferiscono allo scioglimento del patto (su cui non mi

12 GRASSO, *Le convivenze non fondate sul matrimonio. Prospettive di riforma e confronto con la legislazione straniera*, Testo della relazione tenuta all'incontro di studi sul tema: *I rapporti familiari non fondati sul matrimonio* – Messina, 2007

soffermerò per ovvi motivi di tempo).

Come si è avuto modo di appurare, anche sulla base delle osservazioni della dottrina, la disciplina introdotta con la l. n. 99-944 è molto complessa e articolata. Per far acquisire al contratto efficacia esterna si richiede l'espletamento di varie formalità e si individuano, minuziosamente, i casi di scioglimento del patto. La dottrina francese si pone in realtà in termini alquanto critici nei riguardi della disciplina introdotta dal legislatore, rilevando le incongruenze e i limiti del risultato raggiunto¹³. Significativamente, in relazione alla questione se la disciplina in oggetto abbia introdotto una sorta di matrimonio deteriorato ovvero una convivenza migliorata, si è addirittura risposto che essa ha dato luogo ad una *convivenza deteriorata*¹⁴.

Tornando in Italia e alla specifica proposta di legge che riproduceva la disciplina francese, possiamo brevemente dire che, con i Pacs, le coppie di fatto che intendono rimanere tali ma che hanno un carattere di convivenza stabile, possono disporre di alcuni importanti diritti, tra i quali il poter assistere il/la propria partner in ospedale, partecipare alle decisioni che riguardano la sua salute e la sua vita, lasciare in eredità il proprio patrimonio. I Pacs comportano anche una serie di obblighi per i partner, quali: impegno a condurre una vita in comune; aiuto reciproco materiale; responsabilità comune per i debiti contratti dalla firma del PACS¹⁵. Tra le proposte presentate ne ricordiamo una del 2003, proveniente dal Consiglio regionale toscano

13 BALESTRA, *Un recente convegno francese sulle convivenze fuori dal matrimonio*, In *Famiglia*, 2002

14 L'affermazione è di Luc Mayaux, riportata in L. BALESTRA, *Un recente convegno francese sulle convivenze fuori dal matrimonio*, cit., 439 ss.

15 Francia, legge n. 99-944 del 15 novembre 1999 (*Du pacte civil de solidarité et du concubinage*).

dal titolo *Disciplina delle unioni di fatto*. La disciplina introdotta da tale proposta era molto contraddittoria nelle sue previsioni, infatti, prevedeva che, nel momento in cui due persone avessero deciso di stipulare un accordo costitutivo davanti all'Ufficiale di stato civile, la loro unione cessava di essere “*di fatto*” e diventava “*di diritto*”, cosa che rappresenta una “*inammissibile violazione della libertà di scelta tra matrimonio e forme di convivenza*”, come affermato dalla Corte Costituzionale¹⁶.

I DICO¹⁷, ovvero “*Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*”, sono un disegno di legge (d.d.l. n. 1399) del Governo Prodi, presentato al Senato il 20 febbraio 2007. Avrebbero potuto beneficiare degli effetti di tale legge, qualora fosse stata approvata, i conviventi, ovvero “*due persone maggiorenni, anche dello stesso sesso, unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale, non legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, affiliazione, tutela*”.

Alcuni diritti avrebbero avuto efficacia immediata, mentre altri sarebbero stati condizionati dal decorso di un certo periodo di tempo: sarebbero stati immediatamente fruibili diritti in materia di salute, di permesso di soggiorno, di alloggi di edilizia pubblica, di utili di impresa, di tassa di successione mortis causa, di contratti di locazione, di agevolazioni in materia di lavoro, di trattamenti previdenziali e pensionistici; a tali diritti, corrispondevano anche dei doveri, principalmente in materia di assistenza e solidarietà reciproca e di obbligo alimentare. Quindi è palese che sul piano dell'equilibrio

16 ROSSI, *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, cit. pag. 238.

17 D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino 2001.

diritti/doveri dei conviventi l'intento del disegno di legge fosse quello di garantire soprattutto la parte debole del rapporto.

Per quanto riguarda il problema della non equiparazione tra famiglia tradizionale e DICO, va osservato che questo disegno di legge prevedeva, in termini di diritti riconosciuti, soluzioni molto inferiori rispetto alle scelte adottate negli altri Paesi europei. Infatti, per esempio, i DICO connettevano il riconoscimento di taluni diritti al perdurare della convivenza in un certo periodo di tempo (tre anni per la maggior parte dei diritti, nove anni per la maturazione di quelli successori). Indubbiamente tale disciplina è nettamente differente da quella matrimoniale, in cui tutti gli effetti (a parte eccezioni) si producono con la celebrazione del matrimonio. Si noti inoltre che la proposta dei DICO si introduceva in una specie di tripartizione, tre modelli/realtà differenti: il matrimonio, i DICO e le unioni di mero fatto.

1.4 - Diritti e doveri dei conviventi previsti nel nostro ordinamento

Nonostante le tante proposte di legge e le sentenze delle corti, come si diceva in precedenza, manca allo stato attuale una disciplina omogenea del rapporto di convivenza al di fuori del matrimonio, però sono vari, e di vario genere e origine, disseminati qua e là, le norme e gli interventi che attengono a tale materia, frammenti di diritti e doveri riconosciuti, e che meritano una breve disamina. L'ordinamento quindi riconosce già un'articolata tutela alle convivenze para- coniugali, sia in ragione degli interventi del legislatore, sia ad opera della giurisprudenza che con la sua attività interpretativa ha consentito di adeguare il diritto al fatto, fornendo tutela a specifiche situazioni di

bisogno¹⁸.

Un aspetto molto importante riguarda la **successione ereditaria**¹⁹. Nel rapporto matrimoniale, alla morte del coniuge, l'altro coniuge diviene immediatamente suo successore, cosa che non succede nelle convivenze di fatto, infatti il convivente more uxorio potrà ottenere una quota di eredità solo mediante un lascito effettuato dal defunto tramite testamento. Lascito, si badi bene, che non dovrà ledere la porzione (legittima) che, per legge, spetta a determinati soggetti, ad esempio ai figli.

Inoltre, in caso di morte di uno dei conviventi, a causa di fatto illecito del terzo (es. sinistro stradale), il convivente superstite ha diritto ad ottenere il **risarcimento del danno morale e patrimoniale**²⁰.

In tema di successione tra conviventi e diritto di abitazione, per completezza, ritengo opportuno evidenziare che, in caso di morte di uno dei due, il convivente può continuare ad usufruire del rapporto di locazione: cioè abitare nell'immobile che, fino al momento del decesso, veniva utilizzato come casa familiare²¹.

È prevista nel nostro ordinamento, la possibilità, per i conviventi, di stipulare atti di diritto privato (presso un notaio) che

18 GRASSO, *Le convivenze non fondate sul matrimonio...* cit.

19 COPPOLA, *La successione del convivente more uxorio*, in *Famiglia*, 2003.

20 Con sentenza n. 23725 del 16.09.2008, i Giudici di Piazza Cavour hanno statuito che il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, concretatosi in un evento mortale, va riconosciuto anche al convivente more uxorio, e ciò sia con riferimento al danno morale, sia con riferimento al danno patrimoniale. Quest'ultimo richiede, però, la prova di uno stabile contributo economico apportato in vita dal de cuius al convivente superstite – danneggiato e di una relazione caratterizzata da stabilità e da reciproca assistenza morale e materiale.

21 Ciò è confermato dalla Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1 della Legge 392/1978 (c.d. legge sull'equo canone), nella parte in cui non prevede fra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente more uxorio (vedasi, pure, la recente pronuncia: Cassazione Civile, Sez. III, 23 Febbraio 2013, n. 3548).

garantiscono il diritto ad essere informato delle condizioni di salute del partner²². Il **Garante della Privacy** nel 2009, ha riconosciuto il diritto del convivente a richiedere copia della cartella clinica del/la compagno/a deceduto/a, nonostante l'opposizione degli eredi, per tutelare il diritto del convivente a ricevere informazioni sullo stato di salute del compagno/a²³.

1.5 - Gli accordi di convivenza

Si è discusso sulla possibilità di applicare al fenomeno delle coppie di fatto una disciplina di tipo contrattuale. Sono stati introdotti (a partire dal 2 dicembre 2013), su iniziativa del Consiglio Nazionale del Notariato, i cosiddetti patti o accordi di convivenza, da stipulare mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. Con i suddetti contratti sono regolati gli aspetti patrimoniali relativi alla convivenza, anche nel caso della cessazione del rapporto. In tal modo i “contraenti” possono liberamente e legalmente stabilire le regole che riguardano l'abitazione comune, le spese comuni (fra cui la possibilità di aprire un conto corrente cointestato), i beni acquistati durante la convivenza.

22 Ai sensi dell'art.82 della legge n° 196 del 2003 “Codice in materia di protezione dei dati personali”, è espressamente previsto che si possa delegare un terzo ad acquisire i dati personali relativi alla propria salute.

23 In data 17 settembre 2009 il Garante per la Privacy: dichiara: “a) accoglie il ricorso in ordine alla richiesta di accesso ai dati personali e ordina all'Università Cattolica del Sacro Cuore – Facoltà di Medicina e Chirurgia “A. Gemelli” di consentire al ricorrente, nei limiti e secondo le modalità di cui all'art. 10 del Codice, l'accesso ai dati personali relativi alla convivente defunta contenuti nella cartella clinica e in ogni altro documento alla stessa riferito, entro e non oltre il 30 ottobre 2009, dando conferma dell'avvenuto adempimento a questa Autorità entro la medesima data; b) dichiara non luogo a provvedere sul ricorso in ordine alle altre richieste; c) determina nella misura forfettaria di euro 500 l'ammontare delle spese e dei diritti del procedimento posti, nella misura di 300 euro, previa compensazione della residua parte, a carico di Università Cattolica del Sacro Cuore – Facoltà di Medicina e Chirurgia, la quale dovrà liquidarli direttamente a favore del ricorrente”.

Possono anche regolare la cessazione della convivenza e prevedere che uno di essi debba versare all'altro una certa somma, o prevedere a favore di un solo convivente il diritto di abitazione sull'immobile precedentemente utilizzato dalla coppia. Nulla vieta alla coppia di acquistare un immobile in comproprietà, anche ricorrendo ad un mutuo cointestato; inoltre la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 404/1988, ha sancito che, in caso di decesso del titolare di un contratto di locazione, il convivente ha il diritto a succedervi.

È inoltre possibile (ai sensi dell'art. 408 del Codice civile come riscritto dalla Legge n. 6/2004) nominare il convivente come amministratore di sostegno, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, in previsione di una propria eventuale futura incapacità di intendere e di volere, evidentemente anche con riferimento all'assistenza sanitaria. Nel caso in cui un convivente rimanga vittima di lesioni o deceda a causa di un fatto illecito di un terzo, la Cassazione (sentenza n. 8976/2005 e sentenza n. 12278/2011) ammette pacificamente che l'altro convivente possa avanzare sempre la domanda di risarcimento del danno da fatto illecito subito dal partner, esattamente come accade per la famiglia regolarmente fondata sul matrimonio. A tal fine, l'interessato dovrà però provare la sussistenza della stabile convivenza.

L'efficacia di simili accordi è limitata ai soli aspetti economici, dato che quelli relativi alla persona dei conviventi e degli eventuali figli, indisponibili, e quindi esclusi dall'oggetto di negozi privati. I rimedi appena prospettati, inoltre sono caratterizzati dal fatto di essere lasciati alla volontà delle parti: se per qualsivoglia ragione i conviventi non hanno stipulato appositi accordi essi non saranno giuridicamente tutelati, salvo i rarissimi casi in cui la legge prende in considerazione la convivenza. Inoltre, ai fini della predisposizione degli accordi di

convivenza, la coppia dovrà affrontare le spese necessarie per l'autentica della scrittura privata da parte del notaio, oppure necessarie per la predisposizione dell'intero atto pubblico.

1.6 - I registri anagrafici comunali

Il movimento LGBT, per sollecitare l'approvazione di una legge nazionale sulle unioni civili, dagli anni novanta, ha promosso in diverse città italiane l'istituzione, a livello comunale, di registri anagrafici delle unioni civili. Per una coppia, omosessuale o eterosessuale, la registrazione anagrafica della convivenza avrebbe assunto solo un significato simbolico, a meno che il singolo Comune non decidesse di aggiungere al valore simbolico dell'unione alcuni diritti reali (come ad esempio l'accesso agli alloggi popolari).

Il primo comune a dotarsi di un registro, con una delibera del 21 ottobre 1993, fu Empoli; tuttavia il Co.Re.Co, il Comitato Regionale di Controllo bocciò nemmeno un mese dopo la delibera comunale. Solo nel 2001 il TAR della Toscana ha accolto il ricorso del Comune di Empoli, dando il via libera a quel registro. Pisa seguì immediatamente l'esempio di Empoli, il 7 giugno 1996, ma ancora una volta la delibera fu bocciata dal Co.Re.Co della Toscana, con una sentenza datata 28 giugno. Il 7 luglio la città toscana riuscì a dotarsi di un registro e la prima coppia ad iscriversi civilmente, il 20 febbraio è stata una coppia eterosessuale. In anni più recenti città come Cagliari, Milano e molte altre hanno istituito i loro registri delle Convivenze e delle Unioni di fatto, grazie ai quali si permette alle coppie conviventi iscritte, l'accesso a vari servizi comunali, a parità delle coppie sposate.

1.7 - Regioni e unioni civili

Oltre ai comuni, anche a livello regionale si è assistito a vari tipi di intervento in materia di unioni civili, in particolare tramite l'approvazione di statuti che contengono forti segnali di apertura. Tra le prime regioni a dotarsi di uno statuto orientato in tal senso ricordiamo la Calabria che dal 2004 sostiene il *"riconoscimento delle formazioni sociali, culturali, economiche e politiche nelle quali la personalità umana, promuovendo il libero svolgimento delle loro funzioni ed attività"*. Il riferimento alle nuove famiglie, per quanto velato, è comunque chiaro. Maggiore è la chiarezza nello statuto della Toscana, anch'esso approvato nel 2004, che *"tutela la valorizzazione della famiglia fondata sul matrimonio"* e che, tra le finalità prioritarie della regione, individua *"il riconoscimento delle altre forme di convivenza"* rifiutando *"ogni forma di xenofobia e di discriminazione legata all'etnia e all'orientamento sessuale"*. Anche lo Statuto dell'Umbria è favorevole alle unioni civili. La regione riconosce *"i diritti della famiglia e adotta ogni misura idonea a favorire l'adempimento dei compiti che la Costituzione le affida"* e *"tutela altresì le forme di convivenza"*. L'Emilia Romagna ha riconosciuto l'importanza *"delle formazioni sociali attraverso le quali si esprime e si sviluppa la dignità della persona e, in questo quadro, lo specifico ruolo sociale proprio della famiglia, promuovendo le condizioni per il suo efficace svolgimento"*. La maggior parte degli statuti si rifà alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che all'articolo 9 sancisce, tra i diritti fondamentali della persona, il *"Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia"*.

1.8 - Tra le unioni omosessuali e il “paradigma del matrimonio eterosessuale”

Prima di proseguire nella trattazione dell'argomento, nell'analisi dettagliata della giurisprudenza, delle fattispecie e delle prospettive più recenti, ritengo opportuno dedicare un po' di attenzione a un breve excursus sulle concezioni maggiormente prevalenti in dottrina in merito al contesto socio giuridico all'interno del quale si muove la battaglia per l'affermazione del diritto al matrimonio omosessuale; contesto che è indissolubilmente collegato alla concezione del matrimonio già previsto dal nostro ordinamento, così come inteso tradizionalmente, quale paradigma dell'unione eterosessuale.

Il matrimonio è, nell'art. 29 Cost., l'istituto civilistico che qualifica la *famiglia legittima* come formazione sociale primaria (“*società naturale*”) cui la Costituzione garantisce il riconoscimento, attribuendole la caratteristica regola secondo la quale esso viene *ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare. La definizione di principio (1° comma) garantisce che la collocazione della famiglia nella Costituzione non ne disconosca il carattere essenziale di luogo di *autonomia privata*.

La formula “*società naturale*” dell'art. 29 Cost. rimanda all'articolo 2 e alle *formazioni sociali* dove si svolge la personalità individuale nel concreto dei rapporti sociali: il rapporto tra queste due norme suggerisce che la *famiglia* è una (società naturale, cioè una) *formazione sociale* in quanto rappresenta il primo e il più immediato (in questo senso “*naturale*”) luogo per lo sviluppo della persona. Ciò definisce la famiglia, in quanto formazione sociale, come un nucleo di

persone che coabitano, dandosi reciproca assistenza e contribuendo insieme ai bisogni di ciascuno; *“luogo di relazioni interpersonali di assoluta gratuità, non misurabili in termini di efficienza né di imparzialità, ma in base alla vocazione solidale e associazionistica nella sua manifestazione più essenziale”* (e, in queste caratteristiche, emerge una ulteriore accezione e sfumatura della “naturalità”).

Guardata in questa prospettiva, la differenza tra la famiglia legittima (fondata sul matrimonio) e quella di fatto, consiste nel fatto che, nella prima, coabitazione, mutua assistenza e contribuzione ai bisogni assumono una veste giuridica, diventando (insieme alla fedeltà) i doveri reciproci declinati nei rapporti tra i coniugi; invece, nella seconda, costituiscono gli elementi che ne consentono il riconoscimento, le pre-condizioni, gli indicatori di esistenza. *“Posto che per ogni famiglia – comunque costituita, su base legittima o di fatto – la effettiva presenza degli elementi della coabitazione, della mutua assistenza, della contribuzione ai bisogni rappresenta la condizione di vitalità, non sembra che la trasposizione di tali elementi in doveri giuridici possa diventare la qualificazione di esistenza e di capacità della famiglia”*.

Il *“favor matrimonii”* di cui all’art. 29 Cost. impone un’attenzione e un rispetto primario per la famiglia legittima, ma non esprime alcun *disvalore* per le famiglie di fatto, che anzi risultano luoghi altrettanto adeguati e fondamentali per lo sviluppo della personalità. *“Le unioni di coppia omo- ed eterosessuali sono nei fatti, nel mestiere di vivere, equivalenti nella dimensione degli affetti che le sorreggono, nella proiezione ad essere e a riconoscersi come un nucleo solidale di persone che coabitano, dandosi reciproca assistenza e contribuendo insieme ai bisogni di ciascuno”*; appaiono, quindi, equivalenti e non differenziabili rispetto alla *funzione*

(costituzionalmente rilevante) della famiglia (legittima). Tuttavia, mentre l'esistenza di opzioni giuridiche permette alla coppia eterosessuale di modulare liberamente il proprio legame (legittimo/di fatto), tale possibilità non è riconosciuta alla coppia *same sex*; viene, di conseguenza, in evidenza un diverso spazio, una diversa sfera di libertà connessa a una condizione personale del soggetto.

In concreto se ne ricava che il legislatore sta continuando a ignorare l'esistenza di una contraddizione oggettiva, consistente nel mantenere tra le diverse tipologie di coppie, una differenza di trattamento rispetto all'accesso ai due “*modelli familiari*” (con o senza matrimonio), riconoscendo però che dal punto di vista sostanziale, cioè riguardo alla loro capacità di assolvere alla funzione familiare, la loro differenza è irrilevante. Si evince che la famiglia legittima così come la definisce la Costituzione, incorpora il “*paradigma eterosessuale*”.

Le argomentazioni con cui si giustifica tale concezione sono ricavabili dalla tradizione, da una fondazione giusnaturalistica, da una “meta-norma”, ma non appaiono convincenti “*per la loro intrinseca contraddittorietà, per una certa arbitrarietà dei riferimenti, per il ricorso ad un fondamento extra-giuridico*”. “*Ciò vale anche per le versioni più flessibili del modello che, rinunciando a pretendere (e cercare di giustificare) l'esistenza di una forma pregiuridica ed immutabile di matrimonio e pur riconoscendo la variabilità delle forme storiche della famiglia, sembrano congelarne lo sviluppo ad un determinato punto ed in una sorta di nucleo essenziale che, accanto all'eterosessualità, comprenderebbe anche esogamia e monogamia*”.

Il paradigma eterosessuale del matrimonio finisce per avvalorare anche una visione prettamente biologica di esso, a sostegno della sua naturalità, che crea l'archetipo della potenzialità della

riproduttività dell'unione maschi-femmina quale fondamento della famiglia; questa è una tesi culturalmente resistente, ma giuridicamente non argomentabile, cui si contrappongono gli sviluppi ordinamentali nella direzione della procreazione cosciente e responsabile, cui si contrappone la giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto espressamente arbitrario attribuire *“alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza stessa di tale matrimonio”* (sent. 161/1985). *“A proposito dell'esistenza plausibile di una meta-norma sull'orientamento sessuale nel matrimonio e di qualsiasi interpretazione giusnaturalistica, va osservato che il “dispositivo” sulla sessualità viene interrogato dall'affrancamento della attività eterosessuale dalla riproduzione, con la conseguenza della sua piena ascrizione ad una attività relazionale umana e non ad una funzione biologica”*.

Poco convincenti sembrano anche le risposte positive che argomentano l'assunzione del paradigma eterosessuale nell'art. 29 Cost. richiamando all'orizzonte di senso pensato dai costituenti, che indubbiamente incorporava il paradigma eterosessuale: non solo per motivi di metodo, ma anche perché il modello familiare e di relazione coniugale *patriarcale* conosciuto dai costituenti in realtà già conteneva il germe della sua trasformazione (dissoluzione), inciso dalle profonde trasformazioni che sarebbero derivate dall'impatto della norma sull'uguaglianza di genere; e proprio su quest'ultima è utile effettuare una riflessione, infatti il richiamo del paradigma eterosessuale non chiude definitivamente il discorso.

Resta, infatti, da chiedersi ulteriormente se esso è un contenuto costituzionale inamovibile del matrimonio, necessario anche in relazione ad altri principi costituzionali che ad esso si collegano. In realtà, la funzione *antisubordinazione* collega il matrimonio al

paradigma eterosessuale perché storicamente la famiglia è da considerare il luogo essenziale in cui si annida la subordinazione della donna all'uomo, il luogo in cui si costruiscono i rapporti di genere segnati dalla subordinazione gerarchica del femminile al maschile; *“si tratta quindi di un paradigma non ontologico, bensì storico e fenomenico che permette di affermare l'uguaglianza tra i sessi nei rapporti familiari (coniugali ed anche, in parallelo, di potestà/responsabilità genitoriale)”*.

Vi sono ragioni che premono nella direzione di una piena equiparazione nel trattamento: la pretesa di vedere rimosse le norme che impediscono di accedere al matrimonio con persone dello stesso sesso, la pretesa degli omosessuali di essere uguali agli eterosessuali nella possibilità di riconoscimento della veste giuridica che l'ordinamento confeziona e mette a disposizione della relazione di coppia liberamente scelta in base alle caratteristiche della propria personalità (dell'orientamento affettivo e sessuale), consentirebbe di riprendere la funzione di norma antisubordinazione assegnata al matrimonio dall'art. 29 Cost., aggiornandola al contesto fattuale. *“La domanda del matrimonio same-sex corrisponde alla richiesta degli omosessuali di non sentirsi e di non essere esclusi dall'universo degli eguali: del resto, il bisogno di protezione legale costituzionale è avvertito specialmente da parte dei soggetti che appartengono a gruppi non maggioritari o comunque discriminati ed a tali soggetti deve essere garantita protezione. Si chiede in sostanza di rendere attive, nel nuovo contesto “critico” in cui se ne avverte il bisogno, le funzioni antidiscriminatoria, antisubordinazione e antistigmatizzazione; funzioni in cui consiste la garanzia costituzionale dell'uguaglianza e che, nei confronti degli omosessuali, non sono affatto estranee all'impianto della costituzione: si tratta*

semplicemente di estenderle a situazioni inizialmente non contemplate, in un tessuto costituzionale che, essendo fortemente indirizzato alla promozione della persona, risulta particolarmente adatto a riconoscere anche la discriminazione che non procede espressamente ma in modo implicito (qualificando le coppie omosessuali come non contemplate e non contemplabili dalla legge sul matrimonio)”²⁴.

Un altro aspetto su cui ci si deve soffermare nell'osservazione dei parametri di riferimento, ossia del contesto culturale in cui ci si deve muovere per introdurre/riconoscere/tutelare il matrimonio omosessuale è quello del modo in cui si intende oggi il matrimonio eterosessuale inteso (dalla Costituzione) come *società naturale* e in particolare di cosa si intenda esattamente con tale accezione.

La dottrina costituzionalistica si divide tra chi, considerando la famiglia una istituzione *sovrana*, ritiene che l'espressione *società naturale* evochi un rinvio al diritto naturale, prospettando dunque un modello di famiglia tradizionale, rigido e immutabile; chi, al contrario, giudicando la famiglia una formazione *autonoma*, ne sottolinea i caratteri della storicità e relatività, evidenziando la possibilità di una evoluzione dei contenuti.

Che la famiglia non sia una formazione sovrana si può dedurre, oltre che dal complessivo impianto costituzionale, dalle altre norme che concepiscono forme di intervento statali in ambito familiare. A favore della teoria che sottolinea la dinamicità del contenuto della famiglia può essere utilizzata infatti l'interpretazione dello stesso art. 29 Cost., inteso innegabilmente come perfetto esempio di *formazione sociale* (concezione già esposta dalla Pezzini), luogo naturale di affermazione dei diritti inviolabili dell'uomo, seguendo quindi la scia della dottrina che individua nell'art. 2 Cost. una fattispecie aperta. “*Più che un dato modello di*

²⁴ PEZZINI, *La Società Naturale e suoi nemici – Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*. (Amicus curiae, atti dei seminari preventivi ferraresi) – Giappichelli Editore, 2010.

famiglia, è dunque l'idea di famiglia che viene costituzionalmente riconosciuta come essenziale, trovando i vari tipi la loro sintesi nella famiglia come societas naturalis". Per società naturale, dunque, deve intendersi ciò che *secundum naturam* si intende e si concretizza in un determinato momento storico: è quindi compito del legislatore rappresentare, in termini giuridici, il modello di famiglia socialmente legittimato nei diversi momenti storici²⁵.

Ricollegandosi proprio al dato storico, è interessante riportare una teoria a sostegno del matrimonio omosessuale che affonda le sue radici proprio in esso, e in generale su una serie di dati prettamente "empirici", in quanto utilizza delle argomentazioni di tipo storico-filosofico più che di tipo tecnico-giuridico. Le asserzioni da cui parte tale dottrina, e che cercheremo brevemente di spiegare, sono fondamentalmente due: la prima afferma che negare il matrimonio tra omosessuali rappresenta una grave violazione dell'autonomia individuale da parte dell'autorità pubblica; la seconda afferma che esistono ricerche scientifiche che dimostrano come il matrimonio tra omosessuali fa parte del "diritto di famiglia" già da diverso tempo.

Per quanto riguarda la prima asserzione bisogna partire dall'assunto che vietare il matrimonio tra persone dello stesso sesso rappresenta un esempio di come l'autorità pubblica, tramite le sue azioni o non-azioni, possa indebitamente limitare l'autonomia individuale. L'autrice²⁶ di tale riflessione parte da due nozioni di "*autonomia individuale*": una delineata dalla filosofia di Nietzsche, il quale sintetizza il concetto di libertà e autonomia nell'assunto "*Noi vogliamo essere chi siamo*"; l'altro assunto da cui muovere è invece rinvenibile nel complesso

25 LOLLO, *Società naturale e matrimonio tra omosessuali*. (Raccolta Amicus Curiae- Atti dei seminari preventivi ferraresi) – Giappichelli Editore, 2010.

26 MOSCATI, *Tre motivi empirici e legali per dire sì al matrimonio tra persone dello stesso sesso in Italia*. (amicus curiae) Giappichelli Editore, 2010.

delle legislazioni nazionali e internazionali a tutela dei diritti umani, che sanciscono il principio di autodeterminazione secondo cui un individuo deve essere autonomo e protetto all'interno di un determinato gruppo sociale, concetto che trova il suo contraltare italiano nell'art. 3 della Costituzione, in particolare nel suo comma 2, “*è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli... che limitando la libertà e l'eguaglianza dei cittadini...*”. A parere dell'autrice, la pubblica autorità viola tale articolo sia attraverso le sue azioni, sia attraverso le sue non-azioni: è una non-azione (ad esempio) l'assenza di legislazione a tutela di un particolare gruppo/categoria di persone, quali appunto le coppie omosessuali.

Veniamo ora alla seconda asserzione (quella che ho definito di tipo storico-culturale): in questo caso l'analisi parte appunto da numerose ricerche che dimostrano che in Africa, già a partire dal diciannovesimo secolo, i matrimoni omosessuali fossero praticati regolarmente e valutati, in termini di cerimoniale ed effetti legali, al pari di quelli eterosessuali; restando invece in Italia, la ricerca storica, col ritrovamento a Genova di dodici “*contratti di fraternitas*” stipulati agli inizi del 1400, in cui le parti si promettevano reciproco supporto morale e finanziario, spinge a pensare che il matrimonio tra persone dello stesso sesso non sia estraneo alla cultura italiana.

Le obiezioni a tali esempi potrebbero essere due. In base alla prima obiezione si può sostenere che i matrimoni in Africa, in quanto regolati dal diritto non scritto, non potessero considerarsi matrimonio in senso moderno; “*tale obiezione è senza fondamento dato che è stata da tempo avallata la tesi che anche il diritto non scritto e non statale è “legge”, quindi l'idea che il matrimonio sia un istituto basato sulla sola unione di un uomo ed una donna è limitata da un punto di vista scientifico*”; un'altra critica potrebbe riferirsi ai “*contratti di fraternitas*”, c'è infatti chi sostiene che quei contratti fossero degli

escamotage notarili per tutelare patrimoni finanziari o evitare tassazioni ingenti, escludendo completamente l'aspetto sessuale, in caso contrario le parti avrebbero commesso il reato di sodomia punibile con la morte; *“in realtà anche in questo caso le ragioni sembrano propendere tutte in favore dell'inclusione del matrimonio nel tessuto culturale della società dell'epoca e dei giorni nostri, infatti il fine perseguito dalle parti e la presenza di rapporti sessuali non sono richiesti dalle definizioni codicistiche di matrimonio offerte dalle legislazioni contemporanee; la tesi contraria sarebbe un abuso da parte dello Stato. Inoltre, l'utilizzo dell'istituto matrimoniale e della famiglia per perseguire fini economici privati e pubblici, e scopi politici è frequente nella storia nazionale ed internazionale”*.

Questi risultati di ricerca sono dunque degli importanti assunti a cui ancorare un'attenta riflessione su quanto la cultura e la legge si riflettano reciprocamente: anche grazie a tali “dati scientifici” possiamo affermare che matrimonio e omosessualità, così come la omogenitorialità (su cui è impossibile soffermarsi oltre tale semplice riferimento) sono parte integrante della nostra cultura: studi dimostrano che i figli delle coppie intervistate non mostrano nè violazioni, nè abusi, nè patologie psico-fisiche legate all'orientamento sessuale dei genitori.

Dunque chi asserisce che il matrimonio omosessuale non rientra nella nostra cultura pecca di superficialità e sfrutta il ricorso alla cultura per giustificare delle vere e proprie violazioni dei diritti umani. *“Per ovviare a tale “trappola” il giurista deve concepire la cultura in termini ampi e mutevoli. Successivamente l'operatore del diritto adeguerà il dettato legislativo alle trasformazioni sociali”*.

Capitolo II

La normativa e la giurisprudenza europea

2.1 - Premessa

Prima di entrare nel merito della disciplina giurisprudenziale italiana, sia da un punto di vista “storico” che di principi e statuizioni, è utile effettuare una panoramica della disciplina europea.

La normativa europea è principalmente contenuta negli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti umani CEDU, che sanciscono il diritto alla vita privata e familiare e il divieto di qualunque discriminazione. Principi simili sono riscontrabili negli artt. 7 e 21 della Carta di Nizza, in cui addirittura si precisa che fra i settori in cui è vietata ogni forma di discriminazione, è esplicitamente ricompreso il sesso, e ancor di più la tendenza sessuale²⁷.

In sede di Consiglio d'Europa (CdE) la sensibilità in materia di discriminazioni in base all'orientamento sessuale cominciò ad emergere già nel 1981. In quell'anno, con la Risoluzione 75611 il CdE invitò l'Organizzazione Mondiale della Sanità a rimuovere l'omosessualità dalla lista delle malattie riconosciute. Nello stesso anno, il CdE approvò anche la Raccomandazione 92412, in cui si richiedeva agli Stati di abolire tutte le norme penali aventi ad oggetto l'attività sessuale di tipo omosessuale (cd. *sodomy laws*) e di armonizzare la legislazione inerente l'età del consenso (per poter svolgere attività sessuale) tra eterosessuali ed omosessuali.

L'Unione europea (direttiva 2000/78/CE, del 27/09/2000) ha

²⁷ DANISI, *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale* - www.forumcostituzionale.it

sancito il principio della parità di trattamento e di divieto di discriminazione per gli omosessuali in materia di occupazione²⁸. Anche il Parlamento Europeo è intervenuto sulla parità dei diritti degli omosessuali, esortando gli Stati a riconoscere le convivenze e i matrimoni tra persone dello stesso sesso²⁹.

In realtà né la Carta di Nizza, né la Convenzione stabiliscono precisi diritti degli omosessuali in quanto tali. I due atti infatti stabiliscono la fascia dei diritti insopprimibili che sono attribuiti alla persona in quanto tale, senza distinzione di sesso, etnia, razza o tendenza sessuale.

Dopo una prima fase di mera ‘tolleranza’ delle coppie omosessuali, con la Raccomandazione 147413 del 2000 il Consiglio d’Europa ha inaugurato una seconda fase di carattere maggiormente “*proattivo*” volta a promuoverne i diritti dei soggetti in questione. Con tale strumento giuridico infatti, l’Assemblea Parlamentare del CdE ha invitato gli stati membri ad aggiungere l’orientamento sessuale tra i ‘*grounds*’ di discriminazione proibiti dalla CEDU così come richiesto nell’Opinione dell’Assemblea Parlamentare n.21614, che raccomanda agli Stati facenti parte della CdE, di introdurre nelle rispettive legislazioni nazionali l’orientamento sessuale come fattore discriminatorio e di adottare, contestualmente, una legislazione in materia di unioni civili.

Il divieto di discriminazione non tocca il contenuto dei diritti, bensì le differenze tra più categorie che esercitano tali diritti. In pratica una tutela ‘differenziata’ viene sanzionata con maggiore forza rispetto all’assenza totale di tutela. Curioso è il caso della Turchia in cui i

28 Si noti la concordanza tra posizioni UE e CEDU in tema di discriminazione. (cit. Danisi).

29 Risoluzione del 8/02/1994, A3 0028/94 e risoluzione del 16/03/2000, A5 0050/2000.

giudici rigettarono il ricorso di una donna che, dopo la morte dell'uomo con cui conviveva e aveva avuto sei figli, chiedeva il riconoscimento dei diritti familiari; poiché la Turchia non riconosce in alcun modo le convivenze extra coniugali la Corte rigettò il ricorso negando l'applicabilità dell'art. 8 della Convenzione. Tale sentenza dimostra in modo diretto che non è l'assenza di tutela a essere sanzionata, ma appunto la tutela differenziata, e quindi discriminatoria³⁰.

Ciò, in fondo, è quanto è stato affermato a partire dalla sentenza CEDU sul caso Karner, in cui per la prima volta i giudici riconoscevano – pur non entrando direttamente nella controversia inerente il significato del concetto “famiglia” – che le differenziazioni tra ‘*life-companions*’ devono essere proporzionate allo scopo perseguito nel momento in cui esse vengono giustificate dall’ordinamento alla luce di un altro interesse statale.

Dunque ancor prima di aver compreso le unioni omosessuali nel novero della vita familiare, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto opportuno garantirgli lo stesso trattamento (rispetto alle coppie eterosessuali) in materia di successione nei contratti di affitto alla morte del partner³¹.

2.2 - Corte Edu, sentenza Karner c. Austria del 2003

Il caso scaturisce dal ricorso presentato il 24 luglio 1997 da un cittadino austriaco contro il governo del proprio Stato d'origine. Il ricorrente ha ritenuto che la decisione della Corte Suprema di non riconoscere il suo diritto a succedere nel contratto di locazione dopo la morte del suo compagno, integrasse, alla luce della legislazione

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 20/01/2009, causa 3976/2005, Erife Yi It c. Governo Turchia.

³¹ DANISI, *Famiglia di fatto e unioni omosessuali, Itinerari della giurisprudenza*.

vigente, una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e pertanto una violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8.

Entrando nel merito, con riguardo alla violazione dell'art.14 in combinato disposto con l'art. 8 della Convenzione, e dunque con riguardo all'esistenza di una discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione in ragione del sesso e più propriamente dell'orientamento sessuale, i giudici hanno preliminarmente ribadito la particolare natura dell'art. 14, insistendo sull'impossibilità di riconoscervi esistenza autonoma (ma complementare) alle ulteriori norme garantite dalla stessa Convenzione e dai suoi Protocolli.

Riguardo all'art. 8, la Corte ha invece ritenuto superflua la precisazione delle nozioni di "*vita privata*" e di "*vita familiare*", considerando sufficiente che la presunta discriminazione abbia pregiudicato in concreto il diritto al proprio domicilio, il cui godimento risulta del resto espressamente tutelato dalla norma in esame.

La Corte ha ritenuto la tutela della famiglia in senso tradizionale quale motivo potenzialmente legittimante una disparità di trattamento, affermando tuttavia la necessità di stabilire se nelle circostanze del caso esaminato, il principio di proporzionalità fosse stato o meno rispettato, ben potendo l'obiettivo in questione, in considerazione anche della sua natura astratta, essere attuato dai governi che desiderino perseguirlo, mediante una molteplicità di misure concrete.

In presenza di una disparità di trattamento fondata sul sesso o sull'orientamento sessuale, come negli altri casi in cui agli Stati è riconosciuto un esiguo margine di apprezzamento, il principio di proporzionalità non si limita dunque ad esigere che la misura scelta

risulti in linea di principio idonea a realizzare lo scopo perseguito, dovendosi dimostrare l'ulteriore necessità, per il raggiungimento di tale obiettivo, dell'esclusione di determinate categorie di persone dal relativo campo di applicazione^{32 33}.

2.3 - Corte Edu, sentenza Kozak c. Polonia del 2010

Questa sentenza rappresenta una conferma del precedente orientamento sulla vita familiare tra persone dello stesso sesso. Il riconoscimento del diritto alla successione nel contratto di affitto della casa comune del partner superstite rappresenta un dato consolidato della tutela garantita alle coppie dello stesso sesso stabilmente conviventi, la cui negazione non poteva essere giustificata dalla disposizione della Carta Costituzionale dello stato convenuto, che espressamente protegge la famiglia fondata sul matrimonio.

Volendo citare le parole dei giudici: *“Trovare un equilibrio tra la protezione della famiglia tradizionale e quella dei diritti della Convenzione delle minoranze sessuali è, per la natura delle cose, un difficile e delicato esercizio, che può richiedere allo Stato di conciliare punti di vista contrastanti e interessi percepiti dalle parti interessate come in opposizione fondamentale. Tuttavia, avendo riguardo al modo con cui lo Stato cerca di evitare l'adozione di misure che si traducano in una differenza basata sull'orientamento sessuale,*

32 *Diritti umani in Italia*, Rivista Scientifica di Informazione giuridica ISSN 2240-2861.

33 DANISI cit. : *“I giudici di Strasburgo sono andati oltre le motivazioni della Corte Suprema austriaca, sostenendo che la misura adottata nei confronti del ricorrente non superava lo strict scrutiny test applicabile a tutti i casi in cui era in gioco un diverso orientamento sessuale. Per quanto il fine perseguito dalle autorità interne, identificato nella tutela della famiglia tradizionale, sia stato ritenuto legittimo, la negazione della successione nel contratto di locazione della casa di convivenza comune mancava del requisito della necessità”*.

*l'esclusione di persone che vivono un rapporto omosessuale dalla successione a un contratto d'affitto non può essere accolta dalla Corte, nonostante la necessità di proteggere la famiglia letta in senso tradizionale*³⁴.

Con lo sviluppo di una giurisprudenza sempre più attenta al trattamento riservato dagli Stati europei alle persone GLBT, la Corte ha nel tempo ridotto il margine di apprezzamento a questi riservato e nei casi in cui rileva l'orientamento sessuale richiede motivazioni più che valide: i mezzi utilizzati non devono risultare solamente proporzionali ma, soprattutto, necessari per le circostanze del caso³⁵. Infatti, l'eventuale distinzione opererebbe nella sfera più intima e vulnerabile della vita privata di un individuo³⁶: alla pari del sesso, quindi, l'orientamento sessuale gode di una speciale protezione nel sistema europeo di tutela dei diritti umani.

Nel caso del signor Kozak, ritenendo il trattamento a lui riservato discriminatorio, la Corte EDU non ha riscontrato una motivazione né oggettiva né ragionevole. Cioè, non sarebbero stati né

34 *traduzione

35 Corte Edu, *supra* nota 1, para. 92; *Smith e Grady c. Regno Unito*, cit., para. 90; *Fretté c. Francia*, cit., para. 34 e 40; *S.L. c. Austria*, cit., para. 37.

36 Sulla definizione di sfera privata sono state sollevate numerose critiche. Relegare, infatti, l'orientamento sessuale alla sfera privata di un individuo comporta delle conseguenze sul riconoscimento di determinati diritti alle persone omosessuali nella sfera pubblica, peraltro non separabile in modo netto dalla prima. In tal senso, tra l'altro, il diritto alla vita privata comprende la possibilità di sviluppare relazioni interpersonali, come affermato dalla Corte in numerose occasioni, difficilmente riconducibili nella loro totalità al privato. Si veda, P. Johnson, "An Essentially Private Manifestation of Human Personality": *Constructions of Homosexuality in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2010, 1, 67-97; M. Grigiolo, *Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject*, in *European Journal of International Law*, 2003, 14, 5, 1023-1044; N.A. Moreham, *The right to respect for private life in the European Convention on Human Rights: a re-examination*, in *European Human Rights Law Review*, 2008, 44.

la rottura dei legami economici, né la mancanza di continuità nella permanenza nell'appartamento a escludere il ricorrente dalla successione nel contratto di affitto ma esclusivamente il carattere omosessuale della sua relazione con T. B. È apparsa pure superflua la volontà di una strenua difesa della famiglia tradizionale, come giustificazione di una sentenza palesemente discriminatoria.

La Corte ha ribadito che è obbligatorio per gli Stati adottare misure che non pregiudichino il godimento dei diritti altrui. Fra le tante politiche applicabili, bisogna sempre scegliere quelle che non danno vita a atteggiamenti discriminatori fondati sul sesso e sull'orientamento sessuale. Dunque la Corte “spiega” che la Convenzione richiede un'apertura, richiede di non considerare un solo e unico modo di condurre la vita privata e familiare.

La sentenza che stiamo analizzando suggerisce una particolare analisi del significato che l'art. 8 assume quando si parla del riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali. Infatti, a ben vedere, il costante riferimento all'articolo 8, e in particolare alla verifica delle interferenze statali nella vita privata dei ricorrenti nei casi in cui si denunciavano discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, ha limitato l'omosessualità a una questione di *privacy*, rafforzando un discorso che, in realtà, più che servire all'avanzamento dei diritti per un eguale trattamento delle persone GLBT, frena il loro riconoscimento per quanto riguarda la sfera pubblica³⁷.

In conclusione, possiamo affermare che è evidente la rilevanza della sentenza Kozak (in combinato disposto con il significato dell'*affaire* Karner). Essa intende ribadire agli Stati interessati che neanche le disposizioni costituzionali in difesa della famiglia tradizionale possono giustificare trattamenti di minor favore per le

³⁷ Danisi su caso Kozak c. Polonia (Giurisprudenza Persona- Famiglia e diritto 10/2010).

coppie dello stesso sesso. Non sono legittimati dunque ad usare trattamenti discriminatori quando questi non siano strettamente necessari. In tal caso escludere dalla successione nel contratto d'affitto il partner solo perché omosessuale “*non può essere ritenuto né proporzionale né necessario*”.

2.4 - Corte Edu, sentenza Schalk and Kopf c. Austria del 2010

Il 24 giugno 2010 la Corte Edu si è espressa sul ricorso dei signori Schalk e Kopf, due cittadini austriaci dello stesso sesso, che chiedevano alla corte di accertare le violazioni attinenti al diniego di contrarre matrimonio, come imposto e stabilito dal loro stato, l'Austria. Sollevavano dunque il dubbio su una probabile violazione sia dell'art. 12, sia del combinato disposto degli art. 8 e 14 CEDU. I ricorrenti lamentavano di aver ricevuto un rifiuto all'accesso alle pratiche per procedere alla costituzione di un'unione coniugale da parte delle autorità austriache, secondo cui, applicando la normativa nazionale³⁸, l'unica forma di matrimonio ammessa è quella fra persone di sesso diverso.

Precisamente, l'esito negativo della domanda era dovuto a più aspetti, fra i quali (e in seguito avrà un peso specifico) il fatto che l'Austria, pur non consentendo il matrimonio fra omosessuali, a partire dal 2010 conferisce (sulla base della legge sulle Relazioni registrate) una rilevanza giuridica anche alle relazioni stabili tra persone dello stesso sesso. In particolare la Corte Edu ricorda che il nuovo istituto ricalca in buona parte le regole disciplinanti il matrimonio; e infatti, si sottolinea che “*la relazione registrata implica coabitazione su base*

³⁸ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, art. 44.

permanente e può essere contratta tra due persone dello stesso sesso aventi capacità legale e maggiorenni". Il parallelo con l'istituto matrimoniale continua anche negli aspetti che possono portare allo scioglimento dell'unione stessa, che ricalcano i motivi di scioglimento del matrimonio.

Per quanto riguarda le differenze con l'istituto matrimoniale, al di là di alcuni aspetti formali e terminologici, la più rilevante riguarda i cosiddetti diritti parentali: a differenza delle coppie sposate, i *partners* registrati non sono ammessi all'adozione di un figlio né è permessa loro l'adozione di un figliastro, cioè l'adozione del figlio che un *partner* ha avuto con altro *partner*; è anche impedita l'inseminazione artificiale.

I ricorrenti - che, come si è detto, avevano proposto il ricorso nel 2004, ben prima che l'Austria introducesse nel proprio ordinamento giuridico la *Registered Partnership Act* - ponevano alla Corte la questione se l'impossibilità di sposarsi potesse costituire una violazione delle norme della Convenzione dei diritti dell'uomo³⁹. La Corte ha dato risposta negativa a tale quesito.

Ma procediamo con ordine. Nel loro ricorso i signori S. e K. sostenevano che la nozione di matrimonio come sola unione fra eterosessuali fosse discriminatoria; a loro parere, non teneva conto dell'evoluzione sociale, culturale e giuridica intervenuta in molti Stati europei: in considerazione di tali "mutamenti", i ricorrenti proponevano una lettura evolutiva dell'art. 12 CEDU, che attribuisce ad un uomo e una donna il diritto di contrarre matrimonio e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali. Tenendo conto del carattere di strumento "vivente" della CEDU (così come spesso è stato affermato

³⁹ CONTE, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo* - Corriere giuridico 4/2011.

dalla giurisprudenza della Corte), e del bisogno che essa sia interpretata in modo aperto ed evolutivo alla luce dei cambiamenti intervenuti negli Stati europei; in base a ciò, secondo i ricorrenti, dall'art. 12 doveva ricavarsi il diritto di sposarsi anche per le coppie omosessuali⁴⁰.

I ricorrenti dunque sostenevano che l'Austria avrebbe violato l'art. 12 (*“Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto”*) e il combinato disposto degli artt. 8 (*“1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui”*) e 14 (*«Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere garantito senza alcuna distinzione di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di appartenenza a una minoranza nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione»*) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Corte di Strasburgo ha respinto tale impostazione, non riscontrando nell'analisi delle norme un orientamento che permettesse di estendere tale diritto; precisa inoltre, che questo va garantito secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Secondo la Corte, l'art. 9 della Carta Fondamentale dei Diritti dell'Unione

40 RAGNI, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 4 n. 3, 2010.

Europea non pone un'esplicita correlazione tra matrimonio e coppia eterosessuale, dunque si potrebbe ritenere che esso non ponga particolari ostacoli al riconoscimento di un matrimonio tra coppie omosessuali, anche se non intende sollecitare gli Stati membri ad adottare soluzioni di questo genere.

I giudici di Strasburgo inoltre ritengono che l'entrata in vigore dei *Registered Partnership Act* svuoti di contenuto la doglianza dei ricorrenti, secondo cui essi sarebbero discriminati per il fatto di non possedere, rispetto ad una coppia eterosessuale, nessuno strumento per legalizzare il proprio status. Il ricorso dunque è respinto anche per quanto riguarda la non avvenuta violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU; contrariamente ai ricorrenti, la Corte ritiene che il permanere delle differenze discendenti dalle due tipologie di status (matrimonio e registered partnership), non integri alcuna discriminazione.

In conclusione, possiamo osservare che la Corte, sulla base degli artt. 9 e 12 CEDU, sancisce che non si possa più interpretare il matrimonio come unione limitata a persone di sesso diverso. L'art. 12 della Convenzione viene letto alla luce dell'art. 9 della Carta di Nizza che, come è noto, non contiene più il riferimento alla differenza di sesso tra gli sposi che ancora compare nell'art. 12 della Convenzione.

La Corte ritiene che, «avuto riguardo all'art. 9» della Carta di Nizza, non si può più sostenere «che il diritto di sposarsi sancito dall'art. 12 CEDU debba essere limitato in ogni circostanza al matrimonio tra persone di sesso opposto» (n. 61). E tuttavia, tenuto conto della varietà di culture, di modi di intendere il matrimonio, esistenti nei diversi Paesi, la Corte ritiene di non poter sostituire il proprio giudizio a quello delle competenti autorità nazionali. Si deve riconoscere un ampio margine di discrezionalità agli Stati sui modi in

cui assicurare tutela alle coppie same-sex⁴¹. L'art. 12 non impone ai singoli Stati di garantire l'accesso al matrimonio alle coppie same-sex, ma non c'è dubbio che, dopo questa sentenza, devono essere ritenute conformi alla CEDU le leggi nazionali che tale apertura hanno già realizzato.

Dunque, la scelta se ammetterlo o no, va lasciata ai singoli Stati. In dettaglio la Corte osserva che essendo il matrimonio *“profondamente radicato in situazioni sociali e culturali che possono differire ampiamente da una società all'altra... essa non può spingere a sostituire il proprio giudizio a quello delle autorità nazionali, che sono meglio collocate per assicurare e rispondere alle necessità della società”*.

Le sentenze finora analizzate hanno indubbiamente avuto riflessi fondamentali sulla nostra giurisprudenza. Per capire a pieno la portata degli effetti che la Corte Europea ha sul diritto di famiglia italiano occorre ricordare che essa giudica sulle violazioni nei confronti della Convenzione, derivanti sia da disposizioni normative, sia da atti giurisdizionali. Complessivamente considerate, le statuizioni di Strasburgo, seguono una linea di fondo comune. Innanzi tutto vi è infatti la tutela della persona in ambito familiare, cosa che quindi impone agli Stati sia obblighi negativi di rispetto e di non interferenza, sia obblighi positivi che implicano comportamenti attivi diretti a rendere effettivi tali diritti.⁴²

41 FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo* (Relazione al Seminario di alta formazione internazionale *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, diritto dell'Unione europea e diritto interno*, Imperia, 12/11/2011).

42 PRADUROUGH, *L'attualità del contributo della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'evoluzione del diritto privato italiano e francese*, in Riv. crit. dir. Priv., 2003, 705 ss., 707; DE GRAZIA, *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza degli organi*

La specificazione dei diritti umani enunciati dalla Convenzione viene effettuata alla luce dei principi del diritto internazionale. Infatti è importante ribadire che l'interpretazione della Corte ha sempre carattere “*dinamico*” ed “*evolutivo*”; cioè la Convenzione va intesa come uno “*strumento vivente*” che “*deve essere interpretato alla luce della situazione attuale*”⁴³ e con riguardo alla situazione normativa esistente nei Paesi del Consiglio d'Europa e tenendo conto del consenso raggiunto al loro interno su una certa normativa.

In relazione a ciò che si è detto fin qui, vale anche l'aspetto opposto, cioè il rispetto con cui le corti nazionali guardano alla CEDU.

La nostra Corte Costituzionale considera la CEDU come parametro di legittimità costituzionale⁴⁴. L'inserimento dei principi CEDU, così come sono interpretati dalla Corte, nel nostro sistema di principi costituzionali è un arricchimento, questi infatti integrano il parametro con cui la nostra Corte Costituzionale effettua il controllo di legittimità sulle leggi ordinarie e, contemporaneamente e conseguentemente, integra l'insieme dei principi costituzionali che il giudice ordinario è chiamato ad applicare nella risoluzione dei casi concreti.

di Strasburgo: alcune considerazioni, in Riv. dir. Pubbl. comp. ed eur, 2002, 1069 ss.. Per uno studio della Convenzione e della giurisprudenza della Corte, v. BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; E. URSO, *Il diritto di famiglia nella prospettiva europea*, cit.

43 Corte Edu, Schalk e Kopf c. Austria 24/06/2010.

44 A partire dalle note C. cost. nn. 348 e 349 del 24.10.2007.

Capitolo III

La Giurisprudenza italiana

3.1 - Premessa

In Italia, come è noto e come abbiamo già più volte detto nel corso di queste pagine, non esiste una disciplina organica delle convivenze al di fuori del matrimonio. I numerosi tentativi fatti in sede parlamentare hanno visto le contrapposizioni politiche prevalere sulla necessità di approvare una normativa sulle convivenze. Ovviamente, per affrontare la questione, non si può prescindere dalle evoluzioni giurisprudenziali che si sono susseguite negli anni (negli ultimi in particolare) sia in Italia sia al di fuori dei confini italiani.

Il nostro Paese e il sistema UE di cui fa parte, sono da anni destinatari di una richiesta di riconoscimento formale da parte di chi ritiene di avere (a ragione) il diritto di vedere riconosciuta giuridicamente la propria condizione di coppia e di famiglia, indipendentemente dal sesso o dall'orientamento sessuale.

L'evoluzione della casistica di questa fattispecie giuridica è in continuo sviluppo e aggiornamento; oltre alle Corte di Strasburgo (le cui sentenze abbiamo analizzato nel capitolo precedente), negli ultimi anni anche le corti nazionali sono state investite della questione, statuendo, come vedremo, sempre in osservanza dei principi costituzionali, ma anche con la giusta dose di attenzione nei confronti delle pronunce internazionali.

Nelle pagine a seguire dedicherò la mia attenzione a due importantissime sentenze, entrambe molto recenti, una della Corte Costituzionale del 2010, l'altra della Corte di Cassazione del 2012. In particolare, la prima, si è occupata per la prima volta della questione

riguardante l'ammissione⁴⁵ del matrimonio fra omosessuali, tema che fino a questo momento era rimasto relegato a tematica che trascende la dimensione meramente giuridica (dai meri tentativi parlamentari di legiferare sulle unioni civili, al dibattito sociale e mediatico).

3.2 – Sentenza della Corte Costituzionale n° 138/2010

3.2.1 Premessa

Con la sentenza n. 138 del 2010, la Corte Costituzionale si è espressa sulla legittimità, nel nostro ordinamento, del solo matrimonio eterosessuale (*paradigma* più volte citato), affrontando, per la prima volta, la questione relativa all'ammissibilità del matrimonio fra persone dello stesso sesso. Nonostante la decisione abbia chiaramente precluso tale possibilità, essa può rappresentare un primo significativo esito della complessa vicenda relativa al riconoscimento giuridico del suddetto diritto delle persone omosessuali che, falliti i tentativi per giungere all'approvazione di una legge, si era spostata sul piano giudiziario riuscendo ad arrivare al giudice delle leggi.

La sentenza in discorso è stata, per molte ragioni, tra quelle più commentate degli ultimi anni ed ha ricevuto dalla dottrina valutazioni assai diverse. Con riferimento alle conclusioni raggiunte dalla Corte (che analizzeremo dettagliatamente nei paragrafi successivi), alcuni hanno ritenuto le stesse del tutto prevedibili⁴⁶, mentre altri avrebbero preferito una pronuncia a carattere additivo⁴⁷ o perlomeno la presenza

45 PINARDI, *La corte, il matrimonio omosessuale e il fascino(eterno?) della tradizione*, NGCC 2010, parte seconda, pag. 527.

46 SILEONI, *Perché la Consulta ha detto no al matrimonio gay. Invitando il parlamento a non nascondersi*, www.libertiamo.it; TINCANI, *Matrimonio omosessuale, se il codice civile prevale sulla Costituzione*, www.micromega-online (22 aprile 2010).

47 PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della*

di un monito pressante al legislatore⁴⁸. La sentenza è stata definita di carattere interlocutorio, da chi prevede che, tra breve, la Corte sarà chiamata di nuovo a pronunciarsi sullo stesso tema per precisare e puntualizzare; per altri invece le stesse affermazioni fatte dalla Corte fisserebbero dei punti fermi, destinati a durare nel tempo⁴⁹ e per questo si è significativamente parlato di una “*pietra tombale*”⁵⁰ per le speranze di quanti aspiravano a veder riconosciuto il diritto al matrimonio per le coppie omosessuali o di un “*macigno*” per le possibili scelte future del legislatore⁵¹.

In riferimento al merito della pronuncia, essa è stata definita anche come una decisione “storica”⁵², cioè destinata a lasciare un’impronta profonda nella storia della giurisprudenza costituzionale in tema di diritti civili⁵³ ed a fissare un punto da cui necessariamente partire per chiunque intenda studiare e conoscere lo “stato dell’arte” della problematica⁵⁴, mentre per altri la Corte avrebbe eluso gli

tradizione, in Nuova giur. civ. commentata, 2010, fasc. 11.

48 CHERCHI, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, www.costituzionalismo.it.

49 BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Giur. it.*, 2010.

50 CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, www.forumcostituzionale.it (31 maggio 2010).

51 MASSA PINTO, TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio” ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, www.dircost.unito.it.

52 DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2001, vol. II, 1195 ss.

53 PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2001, vol. III, 2697 ss.

54 PEZZINI, *Il matrimonio same- sex si potrà fare. La qualificazione della*

*interessi e le posizioni costituzionali sottese alla questione ed avrebbe mostrato una totale accondiscendenza alla violazione dei diritti fondamentali, in contrasto con la funzione ad essa assegnata dalla Carta costituzionale*⁵⁵.

Nella prospettiva di quello che è il ruolo istituzionale della Corte costituzionale nel nostro sistema Paese, non è mancato chi ha denunciato che questa “*non si sarebbe voluta esporre politicamente*” giustificandola considerando che forse le era stato chiesto troppo⁵⁶, mentre di tutt'altro parere si sono mostrati coloro che invece hanno parlato espressamente di una “*sentenza politica*”⁵⁷.

È importante osservare sin da ora che la Corte ha scelto di non seguire la via che alcuni avevano temuto (anche perché già percorsa in precedenti occasioni) ossia quella di “*decidere di non decidere*”⁵⁸, sfruttando una pronuncia di inammissibilità “*giustificata dall’oscurità o dalla mancata puntualizzazione dell’oggetto oppure dalla presenza in materia di scelte discrezionali riservate al legislatore*”.

La Corte infatti, pur chiamando in causa il ruolo discrezionale del Parlamento, ha scelto di prendere una posizione netta in ordine all’interpretazione delle disposizioni costituzionali maggiormente coinvolte sul tema del matrimonio tra coppie dello stesso sesso.

discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, in Giur. cost., 2010, 2715 ss.

55 CHIASSONI, *La grande elusione. Tecnica e cultura nella giurisprudenza sul matrimonio omosessuale*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2001, vol. I, 863 ss.

56 FIORINI, *Un ulteriore ritardo nel varo di regole ad hoc rallenta il processo d’integrazione europea*, in *Guida al diritto*, 2010, 19, 22 ss.

57 CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all’interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio; dalla Corte un preciso stop al matrimonio omosessuale*, www.forumcostituzionale.it.

58 ONIDA, *Quando la Corte non vuole decidere*, in *Rivista dell’AIC*, 2011, n. 2.

La decisione riunisce due casi promossi dal Tribunale di Venezia⁵⁹ e dalla Corte di appello di Trento⁶⁰, nel corso dei quali fu sollevata questione di legittimità in seguito al ricorso civile conseguente al rifiuto da parte dell'ufficiale dello stato civile di procedere alla richiesta di pubblicazione di matrimonio da parte di due coppie omosessuali. Nei ricorsi è stata sollevata questione di legittimità relativamente agli artt. 2, 3, 29 e 117 comma 1 della Costituzione e agli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del Codice Civile, nelle parti in cui, in base alle prevalenti interpretazioni non è consentito contrarre matrimonio a persone dello stesso sesso.

Seguendo questa impostazione, non possiamo non sottolineare che i giudici a quibus non hanno ignorato il modo in cui l'evoluzione culturale e sociale in qualche modo abbiano tracciato un superamento della supremazia del modello tradizionale di famiglia (fondata sul matrimonio) e che quindi ci siano situazioni “di fatto” che richiedono urgentemente tutela giuridica; ed è per questo che tali situazioni potrebbero trovare copertura costituzionale fra le “formazioni sociali” previste e garantite dall'art. 2, gruppi in cui si realizza la personalità dei singoli; inoltre i giudici hanno provato a seguire l'ipotetica via secondo cui tali formazioni sociali potrebbero rientrare nell'alveo di “famiglia”, quale nucleo naturale e basilare della società, attraverso un'interpretazione dinamica ed evolutiva dell'art. 29 Cost.

Inoltre sembra che il Tribunale di Venezia ricavi questa concezione “ampia” di famiglia anche dai vincoli comunitari⁶¹ e dagli

59 Tribunale Venezia, ordinanza 03/04/2009.

60 Corte d'Appello Trento, ordinanza 29/06/2009

61 Carta dei diritti dell'UE art.7, (rispetto della vita privata e familiare), art.9 (diritto a sposarsi e costituire una famiglia), art. 21, (diritto a non essere discriminati).

obblighi internazionali⁶² che il legislatore italiano è chiamato a rispettare in base all'art. 117, 1° co., della Costituzione.

Data la peculiarità e la novità dell'oggetto, il caso aveva suscitato una notevole serie di commenti preventivi volti a pronosticare il possibile esito del giudizio. La Corte Costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità sollevata sugli artt. 2 e 117, ritenendo “*non costituzionalmente obbligata la pronuncia additiva*”, e la non fondatezza della questione in merito agli artt. 3 e 29.

3.2.2 Questioni di legittimità sull'art. 2 della Costituzione

Molto articolate e complesse sono le motivazioni sviluppate dai giudici per dichiarare l'inammissibilità della censura fondata sull'art. 2. Infatti, “*l'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri*”.

Dalle parole della motivazione appena riportate, si evince che

⁶² CEDU art. 8 (diritto alla vita privata e familiare), art.12 (diritto al matrimonio), art. 14 (divieto di discriminazione).

la Corte compie un'importante apertura a favore di una più ampia tutela dell'unione omosessuale (*“intesa come stabile convivenza tra persone dello stesso sesso”*); la Corte dunque afferma che essa rientra nella nozione di formazione sociale cui fa riferimento l'art. 2 e inoltre che alle coppie omosessuali spetta il diritto di vivere liberamente la loro vita di coppia, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge. Nonostante tutto ciò la Consulta esclude chiaramente che *“l'aspirazione a tale riconoscimento possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”*⁶³, spettando invece *“al Parlamento nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le suddette unioni”*.

Secondo il costituzionalista S. Rodotà⁶⁴ le parole della Corte sarebbero molto *“impegnative”* e rappresenterebbero un messaggio chiaro con cui si sanziona la *“rilevanza costituzionale delle unioni omosessuali”*, la cui tutela e garanzia rappresentano un diritto fondamentale che attende un pieno riconoscimento, dunque *“non è più ammissibile la disattenzione del Parlamento, perché in tal modo si privano le persone di diritti costituzionalmente garantiti”*.

Come già aveva commentato V. Angiolini *“La Corte fonda un nuovo diritto costituzionale che è la libertà di sviluppo della persona nella vita di relazione, a prescindere dal proprio orientamento*

⁶³ Traendo conferma della validità di questo assunto da un «esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette»: su questo passaggio, però, v. i rilievi avanzati da Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in corso di pubblicazione in *Studium iuris*, 2010, par. 2, il quale osserva come in tal modo la Corte dimentichi di prendere in considerazione «un significativo filone comparatistico in cui il diritto al matrimonio omosessuale è stato invece riconosciuto mediante pronunce delle varie Corti Supreme».

⁶⁴ Da www.repubblica.it

sessuale”⁶⁵. Angiolini non si limita a questa considerazione, ma fa discendere da essa (creando un collegamento da non trascurare) anche un ulteriore problema: “*Ad essere leso dal comportamento omofobico - dice - è un diritto che scaturisce direttamente dall’articolo 2 della Costituzione: vivere liberamente la propria sessualità e i rapporti di coppia*”. Ciò significa che, da questo momento, “*il comportamento omofobico è costituzionalmente bandito!*”.

Parafrasando Rodotà, un altro obbligo costituzionale attende la sua piena attuazione. Ma cosa si deve intendere per “*comportamento omofobico*”? Evidentemente non solo gli atti di violenza e discriminazione rivolti contro le singole persone omosessuali, ma anche quelli che impediscono a queste persone di vivere in maniera pienamente soddisfacente un rapporto di coppia. Se si considera quanto dice V. Lingiardi⁶⁶ a proposito del rapporto tra il riconoscimento dell’esercizio di prerogative e diritti da parte di gay e lesbiche su un piede di parità con tutti gli altri cittadini e la possibilità di vivere liberamente una dimensione affettiva e di coppia, si capisce immediatamente la portata delle potenzialità di questa sentenza che, sempre Angiolini, arriva a definire *rivoluzionaria*.

La presa di posizione della Corte nel ricondurre i diritti delle coppie omosessuali sotto l'ombrello protettivo fornito dall'art. 2 è dunque un'affermazione di “*portata storica*” per una serie di motivi che possono così essere spiegati⁶⁷.

Innanzitutto la Sentenza 138 del 2010 avvalora una tesi che non

65 Convegno “*Matrimonio omosessuale. Diritto, morale e politica*”, Università degli Studi di Milano, Giugno 2011.

66 LINGIARDI, *Citizen gay. Famiglie, diritti negati e salute mentale*, Il Saggiatore, 2007.

67 PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, NGCC 2010, Parte seconda.

era mai stata pacifica in dottrina⁶⁸; infatti si pone in netto contrasto con quanto sostenuto in alcuni ambienti culturali: confligge per esempio con quanto sostenuto dal Consiglio episcopale permanente che afferma che le situazioni giuridiche dei conviventi di fatto (anche omosessuali) devono trovare soddisfazione “*nell’ambito dei diritti individuali, senza ipotizzare una nuova figura giuridica che sarebbe alternativa al matrimonio e alla famiglia e produrrebbe più guasti di quelli che vorrebbe sanare*”⁶⁹.

Un aspetto molto importante riguarda il limite posto, per il futuro, ai margini di discrezionalità del Parlamento, in quanto in seguito all'interpretazione più ricorrente, esso non potrà più “*procedere troppo al ribasso*”⁷⁰ ossia “*scindere i diritti dei singoli componenti dell’unione omosessuale dallo status che scaturisce invece dall’esistenza della coppia cui essi danno vita*”.

Infine, la sentenza in analisi rende necessario un intervento normativo sul tema, seppure c’è chi sostiene che “*ben sarebbe possibile ...lasciare le cose come stanno, senza procedere ad alcuna forma di riconoscimento*”, dato che ciò “*non violerebbe la Carta costituzionale*”⁷¹. Questa opinione però non tiene conto che, come sostiene la Corte, le unioni omosessuali vanno fatte rientrare tra le “*formazioni sociali*” tutelate dall’art. 2 Cost., e dunque è compito della Repubblica non soltanto “*riconoscere*” (come fa oggi la Corte) ma

68 ROMBOLI *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1368.

69 PINELLI, *La Nota del Consiglio Episcopale Permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (22.5.2007).

70 VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, *Studium iuris*, 2010, fasc. 10.

71 SPINELLI, *Il matrimonio non è un’opinione*, in www.forumcostituzionale.it (27.4.2010).

anche “garantire” (come dovrà fare 'domani' il Parlamento) i diritti e i doveri connessi a tale *status*.

Dobbiamo però tornare ai “fatti” e non dimenticare che (a parte le interpretazioni, le visioni di carattere “rivoluzionario” e ciò che prospetta il futuro) la Corte, allo stato attuale, e tornando nello specifico alla proposta censura all'art. 2 ne ha sancito l'inammissibilità e conseguentemente ha affermato che *“Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”*.

Anche questo passaggio fissa due punti importanti. Innanzitutto *“la Corte dice che una disciplina di carattere generale è necessaria”*⁷², ciò esclude ogni soluzione privatistica che riduca la questione a un mero atto notarile tra due persone fisiche; in secondo luogo, escludendo la Consulta che il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali possa avvenire “soltanto” attraverso un'equiparazione di tali unioni al matrimonio, essa riconosce in realtà proprio questa possibilità come costituzionale. La preoccupazione della Corte è qui solo quella di non imporre al Legislatore come tutelare un diritto costituzionale, lasciandogli la libertà di scegliere anche soluzioni diverse dall'estensione dell'istituto matrimoniale.

3.2.3 Questioni di legittimità sull'art. 3 della Costituzione

La Corte passa poi a valutare le doglianze prospettate ex art. 3 della Costituzione, rigettandole, dichiarandone non l'inammissibilità,

⁷² D'AMICO, Convegno *“Matrimonio omosessuale. Diritto, morale e politica”*, Milano, 2010.

bensì l'infondatezza.

La Corte ritiene che non c'è contrasto tra le norme del codice civile “*messe in discussione*” e il principio di uguaglianza sancito dall'art.3, perché il codice “*che contempla esclusivamente il matrimonio fra uomo e donna... trova il suo fondamento diretto nel già citato art. 29 e... perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*”.

Entrambe le argomentazioni sono difficilmente comprensibili (anche perché brevemente motivate) e difficilmente condivisibili (perché in alcuni punti contraddittorie).

Innanzitutto il riferimento all'art. 29 non appare chiaro, e appare ancor meno chiaro il concetto di “*omogeneità*”, tratto distintivo in assenza del quale la Corte ritiene di non poter equiparare le due realtà familiari⁷³. Ecco che per spiegare perché non sussiste una irragionevole discriminazione, la Corte effettua un riferimento (nel periodo precedente alla parte di testo appena riportata) alla “*(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a “differenziarlo dall'unione omosessuale”*”⁷⁴.

Questo argomento si appalesa assai debole, infatti già alcune righe dopo, la Corte stessa richiama tendenzialmente a suo favore delle argomentazioni che invece finiranno per collidere con il punto in questione. Infatti la corte dichiara la “*non pertinenza*” del richiamo contenuto nell'Ordinanza del Tribunale di Venezia alla legge n. 164 del

⁷³ Distingue nettamente tra diritto al matrimonio e diritto di formare una famiglia (inteso come capacità, anche solo potenziale, di procreare) Corte eur. dir. Uomo, 11.7.2002, in *Dir. uomo e libertà fondam.*, 2007, n. 3, 538, par. 98, nonché, significativamente, l'art. 9 della Carta europea dei diritti fondamentali (richiamato, *supra*, nt. 5).

⁷⁴ Come ha affermato la stessa Corte cost., 6.5.1985, n. 161, in *Giur. cost.*, 1985, I, 1188.

1982: tale normativa, prevede la rettificazione dell'attribuzione di sesso in forza di sentenza del tribunale, che attribuisca ad una persona un sesso diverso da quello enunciato all'atto di nascita, a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali; la Corte respinge il richiamo a tale normativa proprio perché la condizione che essa esprime è ritenuta *“del tutto differente da quella omosessuale e dunque inidonea a fungere da tertium comparationis”*; la persona transessuale infatti è ammessa al matrimonio per l'avvenuto intervento di modificazione del sesso, autorizzato dal tribunale.

Dunque, per la Corte, il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso costituisce addirittura un argomento *“per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio”*. Ma ecco che proprio queste argomentazioni vanno a collidere con le argomentazioni precedenti; se infatti la *“mancanza di omogeneità”* e la *“mancanza di una irragionevole discriminazione”* sono sostenute da un modello di matrimonio in cui la finalità procreativa è requisito essenziale per la sua validità, la contraddizione logica è evidente: infatti nel nostro ordinamento si registrano innumerevoli ipotesi di matrimonio legittime e tra persone di sesso diverso, in cui il fine procreativo è escluso sin dall'inizio, anche a livello potenziale, come nel caso (lampante) del matrimonio del transessuale⁷⁵.

3.2.4 Questioni di legittimità sull'art. 29 della Costituzione

Anche sulla questione di legittimità costituzionale ex art.29, la Corte ne dichiara l'infondatezza. Per la Corte la famiglia fondata sul matrimonio non può che essere quella eterosessuale, poiché una delle

⁷⁵ GATTUSO, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 2007, pag. 456.

condizioni fondanti il matrimonio (oltre l'aspetto volontaristico) è la diversità di sesso.

Dall'analisi dei lavori dell'Assemblea Costituente si evince che la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito, e di certo non perché la tematica fosse sconosciuta: i Costituenti tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942 in cui si stabiliva che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso.

Orienta, del resto, in questo senso (come afferma la Consulta) quanto previsto dal comma 2° dello stesso art. 29 con il quale si intese “*attribuire pari dignità e diritti*” alla donna all'interno del rapporto coniugale⁷⁶.

Procedendo all'esegesi dell'art. 29 la Corte afferma che i concetti di matrimonio e di famiglia ivi contemplati, pur non potendosi ritenere “*cristallizzati*” con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, non possono essere estesi alle coppie formate da persone del medesimo sesso in quanto «*il nucleo della norma in esame*» non consente di “*includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata*”.

La logica utilizzata dalla Corte in questo passaggio, è da più autori ritenuta confusa e poco condivisibile. Infatti, secondo la Corte, i concetti di famiglia e di matrimonio sono suscettibili di essere interpretati in via evolutiva, perché non cristallizzati né cristallizzabili, ma la loro duttilità non è idonea a poter spingere l'esito esegetico al punto da incidere sul nucleo della norma.

È innegabile che l'attività interpretativa nel *civil law* incontra il limite negativo dell'attività creativa, ma la precisazione della Corte sulla incapacità di cristallizzazione dei concetti giuridici indeterminati

⁷⁶ PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, cit.

è considerata inefficace. Addirittura c'è chi si spinge a definire la questione appena affrontata quasi assurda, che lascia (testualmente) “*sbigottiti*”⁷⁷.

E deve insistersi su questo punto: se fosse vero, infatti, come afferma oggi il giudice delle leggi, che l'esegesi di una norma costituzionale “*non può spingersi fino al punto*” di “*includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata*” ne verrebbe fortemente ridotta la stessa astratta possibilità di addivenire ad interpretazioni evolutive della Carta costituzionale, in contrasto però con quanto praticato dalla stessa Consulta in numerose occasioni simili⁷⁸.

Deve premettersi, però, una presa di posizione netta da parte del giudice costituzionale sulla matrice da attribuirsi al sintagma “*società naturale*” di cui all'art. 29 Cost., espressione priva di riferimenti al diritto naturale e dotata di significato storico. Come parte della dottrina aveva già individuato⁷⁹, si tratta di una espressione di garanzia per la famiglia stessa contro ogni forma di strumentalizzazione ideologica da parte dello Stato (e non solo).

L'attributo *naturale* fa riferimento al momento iniziale, all'atto di creazione della formazione sociale (nel caso di specie, della coppia di persone) e va inteso nel senso di spontaneità, non già di artificiosità della formazione della famiglia. In qualche modo, si può ritenere, a

77 ROMBOLI, cit.

78 Come non mancano di porre in evidenza alcuni dei commentatori dell'odierna pronuncia (sul punto rinvio, pertanto, anche per le opportune esemplificazioni, a CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it 2010; e a VERONESI, *Il paradigma*, cit.

79 CAGGIA, ZOPPIN, Art. 29, in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Torino, 2006, 605-606.

contrario, che la condizione necessaria della diversità di sesso dei componenti per essere giuridicamente famiglia integri una qualche artificiosità nella formazione di una famiglia, essendo imposto il sesso del partner da scegliersi, con ciò limitando la libertà matrimoniale che non andrebbe ricondotta alla mera scelta dell'esercizio del diritto di sposarsi o meno; dovrebbe essere risaltato, invece, il *come* di tale esercizio, comprendente prima di tutto e soprattutto la scelta della persona (sesso compreso) cui legarsi.

Già il giudice costituzionale aveva affermato che l'art. 2 Cost. «*garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non essere compresa la libertà di contrarre il matrimonio*» (sent. n. 27 del 1969), libertà evidentemente dimezzata, se imposto il sesso del partner.

3.2.5 Questioni di legittimità sull'art. 117 della Costituzione

Per respingere la censura basata sul 1° comma dell'art. 117, la Corte focalizza l'attenzione sugli artt. 12 CEDU e 9 della Carta di Nizza, i quali, seppur specificamente dedicati al diritto di sposarsi e di formare una famiglia, in realtà non impongono (vedi sentenze CEDU) «*la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni eterosessuali*»; piuttosto le due disposizioni citate rinviano la disciplina alle «leggi nazionali».

Dunque la materia sembra preclusa al potere dei giudici ma affidata alla discrezionalità del Parlamento, con la conseguenza che la *questio sub iudice* va dichiarata inammissibile in quanto diretta ad ottenere una pronuncia additiva che non appare costituzionalmente obbligata⁸⁰.

80 PINARDI, cit.

In particolare, per quanto riguarda la CEDU, la Corte Costituzionale ha avuto modo in più occasioni di precisare che le sue norme devono essere applicate nell'interpretazione che ne ha dato la Corte di Strasburgo. In questo caso, mancando pronunce che riconoscano apertamente il diritto al matrimonio omosessuale, *“la Corte costituzionale non è entrata in ulteriori valutazioni che avrebbero potuto portarla, nel caso di una chiara giurisprudenza europea a favore di tale diritto, a considerare gli effetti sull'ordinamento interno del ricorso al principio di “massima estensione” dei diritti fondamentali da far valere nei rapporti inter-ordinamentali”*⁸¹, principio che la Corte Costituzionale ha elaborato da ultimo⁸², precisando come *“il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti”*.

Per quanto riguarda invece il riferimento alla Carta di Nizza, la Corte non omette di considerare, come, con il Trattato di Lisbona, essa abbia assunto *“lo stesso valore giuridico dei trattati”*, nonostante questo però ne sottolinea l'irrilevanza ai fini del giudizio, chiamando in causa una sorta di *“riserva di competenza statale”* in materia, disposta dallo stesso diritto comunitario⁸³.

Si delinea in tal modo, nei confronti della efficacia della Carta

81 ANGELINI, I *“compromessi sposi”*: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali, Associazione Italiana Costituzionalisti, N.00 del 02.07.2010.

82 Sentenza Corte Costituzionale n. 317 del 2009 (punto 7 del cons. in diritto).

83 *“Non occorre ai fini del presente giudizio, affrontare i problemi dell'entrata in vigore del Trattato pone nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione e degli ordinamenti nazionali [...]. Ai fini della presente pronuncia si deve rilevare che l'art. 9 della Carta nell'affermare il diritto di sposarsi rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.”*(cit. Sent.138/2010)

di Nizza, una posizione della Consulta attenta a far valere le delimitazioni di competenza fra ordinamento sovranazionale e nazionale in funzione di tutela della “*sovranità ordinamentale* (costituzionale)”.

3.2.6 Considerazioni conclusive

Dall'analisi complessiva della sentenza 138 del 2010 emergono dei passaggi che ne sollecitano una valutazione molto positiva per l'evoluzione e il cammino verso il riconoscimento e le garanzie dei diritti delle coppie omosessuali; è il caso dell'affermazione secondo cui l'unione omosessuale rientra nella nozione di “*formazione sociale*” tutelata dall'art. 2 e del riconoscimento del “*diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri*”.

Sotto altri aspetti però, alcuni punti della sentenza sarebbero criticabili, nelle parti in cui si propone l'esegesi dell'art. 29 e nelle motivazioni riportate per dichiarare infondata la questione in relazione all'art. 3.

C'è chi ritiene che il contesto socio-politico non favoriva l'adozione di una sentenza di accoglimento in ragione delle polemiche che inevitabilmente ne sarebbero scaturite e dell'opposto interesse della Consulta ad evitare, fin dove possibile, scontri che ne potessero minare la serenità (soprattutto in un periodo come quello che stiamo vivendo, di tensione del tutto peculiare tra istituzioni di garanzia e potere politico)⁸⁴.

In effetti parte della dottrina ritiene che argomentazioni differenti, altre vie da seguire (in particolare un'interpretazione

84 PINARDI, NGCC 2010, Parte seconda.

alternativa dell'art. 29) non erano affatto impraticabili⁸⁵.

Con la sentenza in commento, la Corte costituzionale ha aderito ad un indirizzo secondo il quale, il nucleo duro della norma, ossia i cd. elementi costitutivi del concetto di famiglia, sono definibili attraverso il ricorso alla tradizione, al radicamento nel tessuto sociale, nonché al richiamo alla volontà storica dei costituenti⁸⁶.

L'affermazione di un diritto fondamentale al matrimonio per le coppie omosessuali avrebbe dovuto ovviamente condurre all'accoglimento della questione di costituzionalità, mentre, come ho cercato di dire, la determinazione dello status della coppia omosessuale richiede necessariamente un intervento organico del legislatore, potendo la via giudiziaria intervenire solo su singoli aspetti ed in maniera casistica.

Seguendo l'impostazione offerta da Romboli, vorrei provare a concludere con una valutazione di carattere più generale, riportando brevemente la lettura e l'interpretazione della sentenza n. 138 del 2010 e delle conseguenze che dalla stessa potrebbero dipendere, offerte da parte della dottrina.

Una prima importante segnalazione riguarda la posizione di chi ha trasferito all'istituto matrimoniale (e quindi l'accesso al riconoscimento dei relativi diritti e doveri), quanto la Corte ha affermato con riguardo alla garanzia (per le unioni omosessuali) di una vita familiare di coppia, cioè l'accesso, da parte degli stessi, all'istituto matrimoniale. Si può riscontrare questa "visione" in quanti, tenendo conto solo del problema posto dai giudici *a quibus* e non della diversa

⁸⁵ È diffusa, d'altra parte, l'opinione secondo cui: «Univoca l'interpretazione» dell'art. 29, comma 1o, Cost. «non può essere perché la disposizione è stata composta attraverso il più arduo dei compromessi » (così Bin, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in Aa.Vv., *La «società naturale»*, 41).

⁸⁶ PERRONE, AIC - Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti - N.00 del 02.07.2010 .

questione che la Corte ha “creato”, sostengono che un *diritto fondamentale* non può essere rimesso alle tempistiche del Legislatore, ma dovrebbe trovare immediata applicazione e tutela, facendo un diretto riferimento al diritto delle coppie omosessuali al matrimonio.

In questo modo però, osserva parte della dottrina, impropriamente si pongono in bocca alla Corte parole che non ha detto, perché essa per “*diritto fondamentale*” non intende il diritto al matrimonio, ma il “*vivere liberamente una condizione di coppia*”, ossia al diritto alla vita familiare, che è cosa diversa.

“L’affermazione di un diritto fondamentale al matrimonio per le coppie omosessuali avrebbe dovuto ovviamente condurre all’accoglimento della questione di costituzionalità, mentre, la determinazione dello status della coppia omosessuale richiede necessariamente un intervento organico del Legislatore, potendo la via giudiziaria intervenire solo su singoli aspetti ed in maniera casistica”.

Per queste ragioni la sentenza in esame può essere qualificata come una “*inammissibilità di principio*”. La Corte, prendendo atto della situazione di isolamento in cui l'Italia viene a trovarsi in Europa in materia di garanzie riconosciute alle coppie omosessuali (data l'assenza di una qualsiasi disciplina e quindi di un qualsiasi riconoscimento delle stesse e, forse anche ad evitare una possibile condanna da parte dei Giudici europei) pone un chiaro monito, secondo cui il legislatore deve intervenire seguendo i principi fissati dalla Corte.

La strada⁸⁷ che il Giudice costituzionale pare indicare è quella di un’attuazione progressiva, per gradi, attraverso un’attività in

⁸⁷ FERRANDO, nella Relazione al Convegno su “*La pronuncia della Corte costituzionale sui matrimoni same sex: quali effetti, quali prospettive?*”, Bergamo, 4 febbraio 2011.

qualche misura di collaborazione, con la funzione di valutare quale sia il grado di maturazione e di accettazione da parte della società; una specie di “*trattamento omeopatico*” verso antichi pregiudizi al fine di non urtare troppo la tradizione⁸⁸.

L’indicazione che si ricava dalla sentenza della Corte potrebbe essere quella di procedere sulla strada della “*verifica della ragionevolezza del trattamento riservato alle coppie omosessuali rispetto a quelle coniugate e delle ipotesi in cui questo debba essere omogeneo*”.

Il problema però ora è quello di scegliere i criteri da seguire allo scopo⁸⁹: considerare (ad esempio) come regola la non estensione alle coppie omosessuali dei diritti e doveri della coppia sposata (e come eccezione il caso contrario) oppure (all'inverso) seguire la logica che giustifica non tanto l’estensione, quanto la discriminazione? La giurisprudenza europea⁹⁰ si è posta chiaramente in questo secondo senso, sostenendo che le differenze di trattamento devono sempre essere giustificate sulla base di ragioni particolarmente “*imperieuses*”⁹¹.

Questa prospettiva, ricavabile dalla sentenza della Corte, ha

88 VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010.

89 PEZZINI, Relazione introduttiva Convegno “*La pronuncia della Corte costituzionale sui matrimoni same sex: quali effetti, quali prospettive?*”, Bergamo, 4 febbraio 2011.

90 Ugualmente può dirsi per la recente decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco, il quale ha ritenuto incostituzionale un trattamento fiscale di favore per le coppie sposate rispetto a quelle omosessuali registrate, rilevando come il diverso trattamento deve fondarsi su motivazioni particolari e tali da giustificare la differenza, non potendosi giustificare solamente sulla base del compito dello Stato di tutela e difesa del matrimonio e della famiglia (Tribunale costituzionale federale 21 luglio 2010 (BVerfG 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07).

91 Corte europea dei diritti dell’uomo 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria.

prodotto due tipologie di reazioni: ha creato un forte allarme in quanti hanno visto in ciò il rischio che un progressivo riconoscimento di diritti e doveri, propri della coppia coniugata, si estenda a quella omosessuale, e ciò indirettamente *“conduca a rendere il matrimonio un contenitore vuoto e la differenza tra le coppie una distinzione solo di facciata e non di contenuto”*; per molti altri invece, questa strada (del c.d. doppio binario), andrebbe respinta in quanto va considerata incostituzionale, perché una legge che disciplina il rapporto di vita familiare delle coppie omosessuali in modo differente rispetto a quello delle coppie etero è *“discriminatoria e segregazionista”*⁹².

Nel frattempo – in attesa di un intervento legislativo che ancora non si intravede all’orizzonte - l’istituto matrimoniale è e resterà precluso alle coppie omosessuali. Il *paradigma eterosessuale* del matrimonio si traduce dunque in un vero e proprio privilegio per le coppie di persone di sesso differente, *“esprime un monopolio esclusivo penalizzante le unioni omosessuali”*.

Ovviamente una scelta del genere comporta, purtroppo, un gravoso costo sociale, infatti *“quando si nega il riconoscimento di taluni diritti (iura) ad una minoranza, si perpetua la narrazione di un modello dominante rispetto al quale comportamenti alternativi vengono percepiti come devianti e marginali, esponendo così quella minoranza ad un pregiudizio sociale rinsaldato dal diritto (lex)”*⁹³.

92 PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere* cit., 15 ss. e *Matrimonio same sex* cit.; RUGGIU, *Summa constitutio summa iniuria? Per una sentenza interpretativa che individui correttamente l'essenza della “pratica culturale” del matrimonio, supportata dall’ “argomento della minoranza”*, in *La “società naturale”* cit., 347 ss.; VERONESI, *Matrimonio omosessuale ovvero; “è sorprendente per quanto tempo si può negare l’evidenza, di fronte a certe cose”*, ivi, 411 ss.; PUGIOTTO, *Una lettura non reticente* cit.

93 PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, www.forumcostituzionale.it. Commento interessante, del quale si consiglia la lettura per avere una visione alternativa rispetto alla maggior parte della dottrina: *“Sia chiaro: anch’io sono convinto della compatibilità costituzionale di un matrimonio tra persone dello stesso sesso. Ritengo tuttavia che*

3.3 - Sentenza della Corte Cassazione n°4184/2012

La sentenza n. 4184 del 2012, pronunciata dalla prima sezione civile della Corte di Cassazione si inserisce a pieno titolo nell'acceso e sempre recente dibattito in materia di riconoscimento del matrimonio omosessuale dal nostro ordinamento. Prima, in questa in materia erano intervenute, come sappiamo bene in quanto ce ne siamo occupati con attenzione nelle pagine precedenti, altre due sentenze di assoluta importanza, entrambe del 2010, la 138 (vd capitolo 3) della Corte Costituzionale e la Schalk e Kopf c. Austria (vd capitolo 2), con le quali quella di cui stiamo ora trattando si intreccia pienamente.

Si tratta di una sentenza abbastanza complessa, che ha negato a due cittadini italiani che si erano sposati in Olanda la possibilità di trascrivere il loro matrimonio in Italia, ma che espone nella sua lunga e articolata motivazione elementi e novità di fondamentale importanza, che vanno oltre la mera decisione.

Nel caso specifico, una coppia omosessuale italiana che aveva contratto regolare matrimonio a L'Aja, in Olanda, chiede nel 2004, all'ufficiale di stato civile del comune di residenza, la trascrizione delle nozze. Il comune di Latina però rifiuta di procedere a tale adempimento, poiché in ragione dell'art. 18 del D.P.R. 3 novembre 2000, n.396, il matrimonio è contrario all'ordine pubblico. Avverso tale provvedimento di rifiuto segue dunque il ricorso presentato dalla coppia al Tribunale di Latina, che lo rigetta nel 2005; la coppia lo impugna allora innanzi alla Corte d'Appello di Roma, che nel 2006, lo rigetta, rilevando l'inesistenza nella legislazione italiana di qualsiasi provvedimento che permetta la trascrizione automatica degli atti di

una lettura non reticente della sentenza in esame conduca ad esiti opposti” cit.

matrimonio (omosessuale) celebrati all'estero.

In sostanza, il matrimonio contratto all'estero non presentava uno dei requisiti essenziali per la sua configurabilità nell'ordinamento interno, ossia la diversità di sesso tra i coniugi.

Dunque, nel secondo grado di giurisdizione emerge che non è più “*l'ordine pubblico*” a costituire il parametro di legittimità del riconoscimento al diritto alla trascrizione dell'atto matrimoniale, ma la mancanza di adeguati strumenti che permettano all'ufficiale dello stato civile italiano di procedere. Inoltre la Corte d'Appello esamina la normativa comunitaria e sostiene che la Carta dei diritti Ue (art.9) e i richiami del Parlamento Europeo rivolti agli stati membri per sollecitare il riconoscimento delle coppie omosessuali non possono vincolare i legislatori nazionali; sotto il profilo costituzionale, invece, la Corte asserisce che nonostante l'apertura dell'ordinamento alla ricezione in ambito giuridico di nuove figure alle quali la società attribuisce l'appellativo di “famiglia”, l'interpretazione dell'art. 29, strettamente ancorata al diritto positivo e alla concezione sociale, non permette una forzatura semantica del disposto normativo⁹⁴.

Quando la Corte di Cassazione è stata investita della questione, ha compiuto un'accurata analisi del caso e si è premurata di chiarire punto per punto le ragioni del diniego alla trascrizione, fornendo però allo stesso tempo al giudice ordinario le linee guida da considerare da quel momento in poi nel contesto delle famiglie composte da persone dello stesso sesso.

A differenza della Corte D'Appello, la Suprema Corte ha potuto avvalersi di quanto già elaborato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 138 del 2010 e dalla Corte EDU in Schalk e Kopf del 2010,

94 CATALDO, *Diritto alla vita familiare per le coppie omosessuali: verso il riconoscimento del diritto al matrimonio?* - Forum Quaderni Costituzionali, 2012

entrambe già passate in giudicato.

La decisione della Cassazione riprende i motivi attraverso i quali il Giudice d'Appello ha rigettato il ricorso, cambiando leggermente direzione: chiarisce infatti in modo netto che, non essendo l'omosessualità contraria all'ordine pubblico, la legittimità del diniego alla trascrizione non può essere fatta derivare dalla contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio omosessuale. Questa impostazione avrebbe infatti carattere discriminatorio e renderebbe “*incompatibile*” l'appartenenza dell'Italia all'Ue, visto che già alcuni Stati membri permettono espressamente tale possibilità.

La Corte ritiene necessario, per statuire sulla richiesta dell'atto di matrimonio, che sia accertata preliminarmente una questione più generale (che va oltre il concetto di ordine pubblico), cioè l'ammissibilità nell'ordinamento italiano del matrimonio same-sex.

Tenendo conto dell'assunto secondo cui la trascrizione dell'atto di matrimonio celebrato all'estero può avvenire solo se “*sussistano i requisiti sostanziali relativi allo stato e alla capacità delle persone previsti dalla legge italiana*”, la Cassazione afferma che la diversità di sesso dei nubendi, anche se non espressamente prevista dalla nostra Costituzione, è “*requisito minimo indispensabile per la stessa esistenza del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante*”, che quindi condiziona la trascrizione dello stesso.

Il requisito in questione è palesemente tratto dalla pronuncia della Corte Costituzionale del 2010, la quale poneva l'accento su una “*consolidata e ultra millenaria nozione di matrimonio*” basata appunto sulla diversità di sesso dei coniugi, tradizionalmente e culturalmente espressa e condivisa dal diritto positivo; da ciò consegue che il matrimonio omosessuale nell'ordinamento italiano è semplicemente

inesistente , e non esistendo, non può essere trascritto.

Sempre con riferimento alla Pronuncia della Consulta e all'interpretazione dell'art. 29, la Cassazione conferma l'impossibilità del matrimonio omosessuale, non tanto basandosi sul significato tradizionale del Carattere eterosessuale dei coniugi accolto in Costituzione, ma piuttosto facendo leva sull'interpretazione restrittiva dell'art. 29: non già quindi in ragione della “tradizione” bensì sull'impossibilità dei giudici di ricavarlo in via ermeneutica, dalla ridefinizione di tale precetto costituzionale, con la conseguente impossibilità per il giudice di “estrarne” in qualche modo il diritto per gli omosessuali a contrarre matrimonio; ciò rappresenterebbe un'interpretazione eccessivamente creativa del nucleo della norma.

Già la sentenza della Corte Costituzionale aveva ribadito che un tale diritto non può fondarsi neanche sull'art. 2, il quale potrebbe ben rappresentare un *“principio-valvola che garantisce la dinamicità del patrimonio costituzionale dei diritti, deve trovare applicazione sempre entro le coordinate fissate dal testo costituzionale”*⁹⁵.

Un nodo fondamentale della sentenza in questione è il rapporto con i principi sovranazionali e quindi con la giurisprudenza della Corte Edu, facendo particolare riferimento alla sentenza Schalk e Kopf, al fine di sottolineare come esista ormai un consolidato trend europeo che

95 In tal senso M. LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, III, 1067; A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, 50 ss. *Contra* P. GROSSI, *Introduzione allo studio dei diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, 159 e ss, il quale fornisce una dettagliata esposizione di argomenti che imporrebbero una lettura «chiusa» dell'art. 2 Cost.. Invece, per una configurazione dell'art. 2 Cost. come norma di mediazione tra una concezione «aperta» alle nuove manifestazioni del valore unitario della libertà della persona e una concezione «chiusa», cfr. F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 1 ss.

riconosce alle coppie dello stesso sesso lo status di unità familiari.

Più volte la Cassazione riporta nella sua motivazione l'inciso della sentenza con il quale la Corte europea avrebbe rovesciato una lunghissima tradizione, statuendo un vero e proprio mutamento “epocale” rispetto ai suoi precedenti: *“la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all’art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto. Conseguentemente non si può affermare che l’articolo 12 sia inapplicabile alla doglianza dei ricorrenti. Tuttavia, per come stanno le cose, si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale”*.

Dunque a parere della Corte europea il diritto al matrimonio non può essere riconosciuto ai soli soggetti uomo e donna, ma esteso anche ai componenti di una coppia same-sex. Di conseguenza non può non riconoscerlisi anche la tutela prevista dagli artt. 8 e 14 CEDU.

Alla luce di queste considerazioni, la Cassazione specifica che il diritto al matrimonio ha un contenuto ermeneutico più vasto rispetto alla concezione tradizionale, ferma restando però, una riserva assoluta di legislazione nazionale.

La Corte di Cassazione pone dunque l'accento sul “*determinante effetto*” della sentenza di Strasburgo “*nell'aver fatto cadere il postulato implicito*” che in ambito nazionale aveva impedito il ricorso ad un'interpretazione inclusiva, giuridicamente plausibile, in assenza di espresse disposizioni contrarie all'astensione, ma effettivamente esclusa da tutti gli organi giurisdizionali che si sono trovati ad interpretare le relative disposizioni.

La Corte europea non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all’art. 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto, è caduto dunque “*il postulato implicito, il*

requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi. La Corte europea, in altri termini, (...) ha (soltanto) rimosso l'ostacolo – la diversità di sesso dei nubendi appunto – che impediva il riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale”.

Pertanto, la Cassazione ricava dalla sentenza europea la seguente conclusione: il diritto al matrimonio *ex* art.12 CEDU, in combinato disposto con l'art. 9 della Carta, comprende anche quello tra persone del medesimo sesso, in base a un' *“interpretazione del diritto fondamentale al matrimonio secondo il criterio “magis ut valeat””*.

Si ripete: per la Corte di Cassazione, questa volta, sulla scia della Corte europea, *“coppia omosessuale”* è *inclusa* nel significante *“matrimonio”*, e non alla *“coppia omosessuale”* cui si estende, *per analogia*, la disciplina di un istituto che concerne solo le coppie eterosessuali. Tale conclusione sarebbe dunque imposta dall'interpretazione *“evolutiva”* dei documenti sovranazionali fornita dalla Corte europea⁹⁶.

Dall'analisi in combinato disposto delle sentenze n.138/2010 e *Schalk and Kopf*, la Cassazione conclude dunque che il diritto a contrarre matrimonio alle coppie omosessuali non sia affatto precluso dall'attuale testo dell'art.29 Cost.; piuttosto, tale scelta rientra tra le possibilità cui il legislatore può liberamente fare ricorso.

Tale lettura⁹⁷ aderisce alle più ottimistiche osservazioni emerse

96 MASSA PINTO, *“Fiat matrimonio!” L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte Costituzionale, Corte Europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione*, AIC, rivista n.2/2012

97 Sembra risentire anche delle conclusioni raggiunte dal Giudice delle leggi nella sentenza 245/2011 (sul diritto a contrarre matrimonio come diritto inviolabile).

in dottrina, che avevano intravisto nella sentenza n. 138/2010 un'apertura della Corte Costituzionale in materia di matrimonio *same-sex*.

Basta citare alcuni passi della motivazione e del dispositivo per provare a stilare le soluzioni pratiche cui si è giunti con la statuizione 4184 della Cassazione.

“I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia – a prescindere dall'intervento del legislatore in materia – quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza”.

Ancora: “Le medesime considerazioni consentono di pervenire all'altra conclusione circa la specifica questione, consistente nello stabilire se due cittadini italiani dello stesso sesso, i quali abbiano contratto matrimonio all'estero – come nella specie – siano, o no, titolari del diritto alla trascrizione del relativo atto nel corrispondente registro dello stato civile italiano. La risposta negativa, già data, si fonda però su ragioni diverse da quella, finora ripetutamente affermata, della “inesistenza” di un matrimonio siffatto per l'ordinamento

italiano. Infatti, se nel nostro ordinamento è compresa una norma – l’art. 12 della CEDU appunto, come interpretato dalla Corte europea – che ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi (...), ne segue che la giurisprudenza di questa Corte – secondo la quale la diversità di sesso dei nubendi è, unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell’ufficiale dello stato civile celebrante, requisito minimo indispensabile per la stessa “esistenza” del matrimonio civile, come atto giuridicamente rilevante – non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire “naturalistico”, della stessa “esistenza” del matrimonio.

Per le ragioni ora dette, l’intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende – non più dalla loro “inesistenza” (...), e neppure dalla loro “invalidità”, ma – dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell’ordinamento italiano”.

È interessante osservare⁹⁸ che il fatto che la sentenza parli di *inidoneità a produrre*, non deve indurre nell’errore di ritenere che inidoneità ed inesistenza coincidano, quanto agli effetti.

Per quanto l’atto sia inidoneo a produrre effetti *quale atto di matrimonio* – in quanto e fino a quando il relativo “modello” di matrimonio *same-sex* (o meglio, come matrimonio che prescinde dalla differenza di sesso) non sarà introdotto da quel legislatore cui tale innovazione sarebbe riservata - esso è pur tuttavia idoneo a produrre

98 PEZZINI, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, Forum Quaderni Costituzionali.

determinati effetti giuridici⁹⁹: effetti “analoghi”, in specifiche situazioni, agli effetti del matrimonio, “*garantiti dal diritto ad ottenere un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e rivendicabili per mezzo della possibilità di adire i giudici comuni, eventualmente sollevando le conferenti eccezioni di legittimità costituzionale delle disposizioni applicabili alle singole fattispecie*”.

Il superamento delle categorie dell’inesistenza e dell’invalidità e la loro sostituzione con quella della inidoneità a produrre gli effetti del matrimonio ha “*liberato*” la possibilità di riconoscere al matrimonio *same-sex* celebrato all’estero determinati *specifici effetti analoghi* a quelli di un matrimonio riconosciuto, in applicazione degli art. 2 e 3 Cost¹⁰⁰.

Nel complesso, è possibile affermare che la Cassazione ha di fatto confermato che la vita familiare non è subordinata al sesso dei conviventi, e come abbiamo già detto a ciò consegue l’estensione delle tutele dell’ordinamento giuridico a tutte le famiglie.

In Italia questa consapevolezza è decisamente più importante che altrove, dato che le convivenze omosessuali non godono di nessun riconoscimento legislativo.

Secondo la dottrina prevalente, la Corte di Cassazione ha “*spalancato*” le porte ad un allargamento per via giudiziale di forme di tutela “vecchie” a soggetti “nuovi”(gli omosessuali). Quindi spetta al giudice ordinario far valere le conclusioni prodotte prima dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.138/2010, ed oggi con più forza

⁹⁹ Come affermato esplicitamente dalla sentenza al punto 4.2, cui rinviava anche in conclusione del punto 3.2, parlando di “*rilevanti conseguenze sul piano della tutelagiurisdizionale dell’unione omosessuale*”.

¹⁰⁰ Secondo quanto già avvenuto, come abbiamo visto, in altre recenti pronunce, quali la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del 14 febbraio 2012 e la sentenza 1328/2011 della prima sezione della Cassazione penale.

riconfermate dalla Corte di Cassazione.

Sembra di essere giunti ad una specie di traguardo nel dialogo tra le Corti europee e nazionali, che hanno raggiunto una sorta di coerenza interpretativa comune; dialogo che sta producendo evoluzioni sul piano pratico, per quelle questioni inerenti il godimento dei diritti fondamentali che non riescono a trovare una soluzione in sede legislativa.

Allo stesso tempo però, i giudici, hanno il merito di non entrare in collisione con il potere legislativo che rimane unico titolare della scelta in relazione al “come” (sul “quando” sembra che le corti stiano effettuando qualche lieve pressione) regolare le diverse situazioni giuridiche con un solo limite: il principio di non-discriminazione.

Per concludere, la Cassazione *“ci ricorda come, grazie ad un pragmatismo giudiziale capace di cogliere i mutamenti sociali, i diritti fondamentali costituzionalmente ed internazionalmente garantiti sono in grado di assolvere alla loro funzione di tutela anche nell’inerzia e nella disattenzione della politica”*¹⁰¹.

Credo sia corretto ammettere, però, che in questa pronuncia della Corte di Cassazione, ricca di elementi di novità, non mancano alcune ombre. Per esempio, non sembra molto convincente il ragionamento costruito intorno al (mancato) riconoscimento del *diritto fondamentale* al matrimonio, che resta, di per sé, strettamente legato al paradigma eterosessuale; la previsione del matrimonio *omosessuale* viene considerata ammissibile sul solo terreno legislativo e gli viene negato negato il riconoscimento di diritto fondamentale: *“si ammette, così, la possibilità di distinguere, in ordine ad un medesimo istituto, la qualificazione dell’accesso ad esso in termini di diritto fondamentale entro una relazione eterosessuale e in termini di mero diritto*

101 DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione*, AIC, RIVISTA N°: 1/2012.

legislativo entro una relazione omosessuale”.

Poco persuasiva è anche la contraddizione e l'ambiguità della distinzione tra il *riconoscimento* e la *garanzia* di un diritto, distinzione che appare, dal punto di vista della natura dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, semplicemente *inaccettabile e improponibile*¹⁰².

Infatti, mentre la separazione tra riconoscimento e garanzia è relativamente accettabile per la Corte EDU¹⁰³, essa risulta assolutamente incongrua sul piano del diritto costituzionale nazionale, alla luce dell'art. 2 Cost., che unifica, nel suo testo, riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali.

102 PEZZINI, *Un paradigma incrinato...* cit.

103 Essendo un carattere connesso al sistema della Convenzione che assegna agli Stati membri l'attuazione di diritti di cui si fa garante di ultima istanza.

Capitolo IV

Un caso aperto: matrimonio, mutamento di sesso e “divorzio imposto”

4.1 - Premessa

Nettamente collegata alla questione del matrimonio fra persone omosessuali vi è quella riguardante la condizione delle persone transessuali e della loro vita familiare, cioè del loro diritto di accesso o mantenimento del vincolo matrimoniale. Premettendo che, come affermato dalla ricerca scientifica e, in campo giuridico, dalle sentenze e dalla dottrina maggioritaria, l'omosessualità e il transessualismo sono due condizioni completamente differenti, vi sono delle fattispecie che tendono ad accomunarne alcuni aspetti, e che spingono a riflessioni nelle quali le diverse tipologie di diritti in gioco li pongono sullo stesso piano; spesso infatti la scacchiera su cui si svolge la partita dell'affermazione dei diritti è la famiglia, quale luogo all'interno del quale la condizione di omosessuale o di transessuale (che ha rettificato il proprio sesso biologico-anagrafico) mette in discussione il paradigma fondamentale su cui essa è costruita (nell'ordinamento italiano), ossia il carattere eterosessuale del matrimonio.

Così, se la famiglia è definita e riconosciuta dalla Costituzione come una società naturale fondata sul matrimonio (che a sua volta fonda la coppia sulla diversità di sesso dei suoi componenti) è corretto prendere le mosse dalle questioni che riguardano questo istituto, direttamente investito dalle vicende relative alla condizione di transessuale, nella duplice prospettiva della sua ammissibilità, una volta concluso il percorso di rettificazione, e della sopravvivenza del vincolo coniugale, nel caso in cui uno dei due coniugi intraprenda e

concluda il “transito”.

C'è un caso ancora aperto, del quale si attende a breve una decisione della Corte Costituzionale, che ritengo di grande importanza per gli aspetti che lo legano all'argomento di cui mi sto occupando, per i diritti che mette “in gioco” e per l'interpretazione che grazie ad esso si può dare di alcuni principi costituzionali. È un caso che tratta di matrimonio e identità di genere e che si ricollega fisiologicamente alle questioni legate all'orientamento sessuale (e quindi indirettamente al diritto per le persone omosessuali di accedere al matrimonio), ma soprattutto è un caso i cui sviluppi riguardano i fondamentali diritti di libertà e di autodeterminazione.

È la vicenda di una coppia sposata, il cui matrimonio è stato dichiarato sciolto, contro la volontà di entrambi i coniugi, in seguito al mutamento di sesso di uno dei due. Si tratta di una vicenda che fino a pochi anni fa era considerata un mero “caso di scuola”, non avendo mai avuto riscontro in fattispecie reali.

4.2 - Caso Bernaroli: i fatti

Qualche anno dopo aver contratto matrimonio regolarmente (con rito cattolico), il marito prendeva atto interiormente di una intima dissociazione tra il proprio sesso biologico e la sua identità di genere, tanto da iniziare quel percorso che lo ha portato all'intervento chirurgico per la rettificazione di sesso, per la quale ha ottenuto l'autorizzazione del Tribunale di Bologna (con sentenza n.23 del 30 giugno 2009).

È importante sottolineare che durante questo percorso, il marito è stato sostenuto e aiutato dalla moglie, la quale condivideva le sue scelte, ed è ancora più importante ribadire che entrambi i coniugi non

hanno mai avanzato richiesta di divorzio, anche in seguito alla ricevuta autorizzazione di rettificazione, intendendo rimanere coniugati.

Nonostante questo, l'ufficio di stato civile del Comune di residenza (Finale Emilia) annotava lo “scioglimento del matrimonio”, considerando che la sentenza di rettificazione del sesso avesse prodotto in modo automatico la cessazione degli effetti civili derivanti dal vincolo matrimoniale¹⁰⁴.

È proprio questo evento a spingere i coniugi a ricorrere all'autorità giudiziaria, con due motivazioni, segnalare la loro volontà di rimanere coniugati e opporsi ad un provvedimento (di scioglimento del vincolo) che non aveva sussistenza in alcuna decisione giurisdizionale. Il Tribunale di Modena allora accoglieva il ricorso, disponendo la cancellazione del “provvedimento” dell'ufficio di stato civile¹⁰⁵; tale decisione però è stata impugnata dal Ministero dell'Interno con ricorso presso la Corte d'Appello di Bologna che, con Decreto del 4 febbraio 2011, riformava la sentenza precedente, ritenendo che l'ufficiale di Stato Civile si fosse limitato ad applicare la

104 L'Ufficiale di Stato civile del Comune di Finale Emilia, su indicazione del Ministero dell'Interno e della Prefettura di Modena, apponeva a margine dell'atto di matrimonio, dopo l'annotazione della sentenza del tribunale di Bologna n. 23 del 2009, l'ulteriore annotazione che «la sentenza sopra menzionata ha prodotto ai sensi dell'art. 4 della legge n. 164/1982, la cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui all'atto a far data dal 29-6-2009, così come previsto al paragrafo 11.5 del nuovo massimario dello stato civile». L'annotazione era eseguita dal p.u. seguendo la vigente normativa interna (Massimario per l'ufficiale di stato civile, Guida all'applicazione del regolamento di stato civile, ed. 2010, par. 11.5: «In conclusione, la sentenza di rettificazione, in quanto determina ipso jure lo scioglimento, come è espressamente detto nell'art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, senza necessità di una ulteriore pronuncia giudiziaria, deve essere annotata nell'atto di nascita dell'interessato – art. 49, lett. “g”, del D.P.R. 396/2000 -, in quello di matrimonio – art. 69, lett. “d” – ed in quello di nascita dell'altro coniuge; la sentenza di divorzio segue, al riguardo, la disciplina di cui all'art. 5, primo comma, della legge n. 898/1970, ed all'art.49, lett. “g”, del D.P.R. 396/2000»). Il Comune comunicava quindi la variazione agli uffici dei comuni di nascita e di residenza.

105 Tribunale Modena, II sez. civile, decreto 27/10/2010 in Fam. pers. succ., 2011, 1, 72, con nota Costanzo.

normativa vigente e che quindi l'estinzione del vincolo matrimoniale andava considerato come un effetto diretto ed implicito della sentenza di rettificazione di sesso pur in mancanza di una pronuncia giurisdizionale¹⁰⁶.

In base agli atti processuali possiamo così riassumere le argomentazioni in base alle quali la Corte d'Appello ha accolto il ricorso¹⁰⁷:

- l'annotazione (dell'ufficiale di stato civile) non è stata disposta fuori dei casi consentiti, trattandosi di un “doveroso aggiornamento” cui egli è tenuto, dal momento che nel sistema unico integrato non possono darsi atti relativi alla stessa persona che non si corrispondano;

- i cambiamenti di nome e di sesso vanno annotati anche nel registro degli atti di matrimonio (art. 69 d.p.r. n. 396 del 2000). La successiva annotazione del 18/11/2010 costituisce la riproduzione della lettera della norma che qualifica la rettificazione di sesso una causa di scioglimento “automatico” del matrimonio;

- l'art. 4 della l. n. 164 del 1982 non è stato abrogato dalla modificazione dell'art. 3 della l. 898 del 1970, intervenuta ex l. n. 74 del 1987, essendo già contenuta nel citato art. 4 il rinvio alla l. n. 898 del '70 per la disciplina dello scioglimento del matrimonio, ragion per cui le modifiche successive ne costituiscono una precisazione non incompatibile con il sistema preesistente (per maggior chiarezza leggere paragrafo successivo);

- è del tutto incompatibile l'interpretazione proposta dalle resistenti, perché consentire il permanere del vincolo matrimoniale significa mantenere in vita un rapporto privo del suo indispensabile

¹⁰⁶ Corte Appello Bologna, decreto del 4/2/2011.

¹⁰⁷ Corte d'Appello Bologna, decreto 859/10 R.G.V.G.

presupposto di legittimità; la loro interpretazione¹⁰⁸ sarebbe del tutto contrastante con i principi di ordine pubblico che regolano la materia, dal momento che non possono darsi rapporti in contrasto con la disciplina positiva che li regola, trattandosi di un settore, come quello che concerne lo stato delle persone, di pubblico interesse.

In seguito a tale pronuncia, i coniugi hanno fatto ricorso alla Corte di Cassazione, la quale, reputando anch'essa che la norma imponesse la cessazione del vincolo, ha inviato gli atti alla Corte Costituzionale, ritenendo la norma lesiva di più principi della Costituzione.

Prima di proseguire, e di parlare della pronuncia della Suprema Corte è necessario analizzare qual è la normativa in questione, cosa sancisce e quali sono le diverse opzioni interpretative che offre la dottrina, perché ad essa dovremo fare spesso riferimento.

4.3 - La Legge n. 164 del 14 aprile 1982

La Legge n. 164 del 14 aprile 1982 stabilisce la possibilità di ottenere, in seguito al cambiamento di sesso, la rettificazione legale dell'identità di genere. Fino all'approvazione di tale normativa la posizione della giurisprudenza era stata di chiusura, con la negazione di ogni rilevanza giuridica ai profili psicologici dell'identità sessuale: *“la psicosessualità non può assurgere ad elemento decisivo e determinante ai fini dell'individuazione del sesso, specie quando il processo patologico viene favorito ed accentuato a seguito di modifiche morfologiche artificiali”*¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Interpretazione basata sulla modifica introdotta con la l. n. 74 del 1987 all'art. 3 della l. n. 898 del 1970.

¹⁰⁹ Cass Sez. 1, Sentenza n. 1847 del 13/06/1972

La giurisprudenza di merito, dopo tali momenti di chiusura (“nessuno può essere ritenuto dell’uno o dell’altro sesso esclusivamente in base al proprio interno convincimento”¹¹⁰) aveva mostrato maggiore apertura, interessando anche la Corte Costituzionale che, in una prima pronunzia non aveva ravvisato tuttavia un diritto costituzionale all’identità sessuale, ritenendo che l’art. 2 della Costituzione, nel riconoscere i diritti “che costituiscono patrimonio irretrattabile della personalità deve essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali, quanto meno nel senso che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti”¹¹¹; la Corte aveva segnalato nondimeno la possibilità di un intervento del Legislatore e questi era intervenuto con la disciplina del 1982¹¹².

Dunque è pacifico che attualmente la normativa consente che dopo la rettificazione di sesso, la persona può contrarre matrimonio con altra persona dello stesso sesso biologico¹¹³. Al contrario, le vere difficoltà interpretative riguardano le modalità di regolamentazione

110 Tribunale Palermo 17/3/1972, in *Dir Fam* 1972, 507.

111 Corte Costituzionale, sentenza 1/8/1979 n. 98

112 Per un esame più approfondito del quadro normativo e delle problematiche connesse, vedi da ultimo PALMERI, *Il cambiamento di sesso* in *Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti III, 5, 729 e PEZZINI, *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere e l'uguaglianza* in corso di pubblicazione negli *Atti del convegno IV Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale* cit..

113 Sul punto si era espressa la Corte Edu affermando che l'impossibilità per un transessuale di sposare una persona del sesso al quale apparteneva prima dell'operazione chirurgica costituisce violazione del diritto di contrarre matrimonio ex art. 12 Convenzione. (Corte eur. dir. uomo Goodwin v United Kingdom, 11 luglio 2002. Con questa decisione è stato ribaltato il principio enunciato nel precedente anglosassone Corbett v. Corbett del 1971 che sino ad allora aveva assunto forza di precedente giudiziario in tutti i Paesi di Common Law (seppure superato o aggirato in alcune pronunzie statunitensi).

del matrimonio contratto prima della rettificazione del sesso.

L'art. 4 della legge recita testualmente: *“La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni”*.

La dottrina, sin dalle origini della disciplina normativa in questione, si è sempre divisa: infatti si era discusso a lungo se lo scioglimento del vincolo matrimoniale fosse effetto diretto della sentenza di rettificazione, come poteva evincersi dall'utilizzo del verbo *“provoca”*, oppure se fosse necessaria in ogni caso una procedura di divorzio, come si desumeva dal richiamo palese alla relativa disciplina.

In pratica, la dottrina che osteggiava l'automaticità degli effetti, rilevava che con essa si sarebbe privato di significato il richiamo alla disciplina divorzistica, e che questo inoltre avrebbe pregiudicato anche i diritti dell'altro coniuge e dei figli¹¹⁴.

114 Per M.Finocchiaro il termine *“provoca”* «non importa che automaticamente venga meno il precedente vincolo: la pronuncia è, all'opposto, una delle cause che legittimano la richiesta di divorzio» (I transessuali di nuovo dinanzi alla Corte Costituzionale, Giust Civ. 1983, 3247). Secondo l'A. «pur se, da un lato, la locuzione *“provoca”* pare indichi che il divorzio sia, nella specie, una conseguenza, legale, dell'accertato nuovo sesso (incompatibile con il sopravvivere del vincolo coniugale), dall'altro, il richiamo alla legge n. 898 del 1970 e alla necessità di osservarne le relative disposizioni, appare del tutto ultroneo, e privo di significato, se fosse vera la tesi sostenuta»; l'A. sottolineava in particolare come la rettificazione non abbia efficacia retroattiva e non sia dunque possibile la pronuncia del divorzio in assenza di un suo presupposto sino al passaggio in giudicato della rettificazione; come il rimando alla normativa sul divorzio comporti la necessità di rispettare la competenza territoriale del giudice del divorzio (nel luogo di residenza del convenuto, mentre il giudice della rettificazione è nel luogo di residenza dell'attore) e la necessità della fase presidenziale che verrebbe di fatto abrogata (Divorzio e transessualismo, Giust Civ 1983, 996). Tra i primi commenti anche Pezzini osserva che «non sembra che si possa correttamente prescindere, anche per l'espresso rinvio alla l. 1 dicembre 1970 n. 898, dalla instaurazione di un separato giudizio ... successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso» (Transessualismo, salute e identità sessuale, Rass Dir Civ1984, 461).

Invece la dottrina che avvalorava la tesi dell'automaticità, lo faceva ritenendola conseguenza indefettibile del principio per cui il matrimonio presuppone la differenza di sesso dei nubendi¹¹⁵.

Complessivamente possiamo dire che le critiche alla dottrina si basavano sulla tecnica frettolosa ed eccessivamente sintetica del legislatore italiano, suggerendo invece la migliore soluzione tedesca e svedese che prevedevano invece lo scioglimento del matrimonio non come eventuale (automatica o no) conseguenza della rettificazione di sesso, bensì quale condizione di ammissibilità del ricorso di rettificazione¹¹⁶. Dunque in quegli ordinamenti la cessazione del vincolo precedeva e non seguiva il cambiamento legale di sesso.

Già all'indomani dell'emanazione della normativa, la Suprema Corte¹¹⁷ sollevava questione di legittimità costituzionale nella parte in cui la disciplina prevedeva l'automatico scioglimento del matrimonio senza precisare se esso doveva essere pronunciato con specifico giudizio autonomo oppure nell'ambito dello stesso procedimento di rettifica. È con la sentenza 161 del 1985 che la Consulta dichiarava inammissibili le questioni: la Corte rilevava che a sconvolgere

115 Patti e Will cit. , su Legge 14 aprile 1982, n. 164, norme in materia di rettificazione e attribuzione di sesso in NLCC, 1983, 35., i quali non mancavano, tuttavia, di osservare come tale soluzione «sembra privare di ogni tutela il coniuge dell'interessato, non potendosi sotto tale profilo considerare rilevante la notificazione prevista dall'art. 2».

116 GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi* – Il diritto di famiglia e delle persone, 2012, 3, 1076.

117 La Corte di Cassazione (che, come detto, aveva opposto a lungo le interpretazioni evolutive della giurisprudenza di merito) rilevava come la nuova normativa potesse implicare la violazione degli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost. determinando fra l'altro «un anomalo scioglimento di matrimonio preesistente, consentendo la celebrazione di nuovo matrimonio radicalmente nullo, ed interferendo, infine, sulle irrinunciabili esigenze di certezza dei terzi, con pericoli di turbamento della vita dei singoli e della vita collettiva». (ord. n. 515 del 1983 in Giur. It., 1984, I, 80 con nota Garutti Psicosessualità, mutamento di sesso, certezza – a proposito dell'ordinanza della Cassazione).

“l'ordine familiare” non fosse la normativa ma il fatto in sé (la sindrome transessuale), dunque incidentalmente spiegava che il legislatore si sarebbe limitato a prendere atto di una situazione di fatto preesistente (la trasformazione anatomica) cui sono connaturati gli effetti della disciplina, cioè lo scioglimento del matrimonio tra due persone ormai divenute dello stesso sesso¹¹⁸.

Tempo dopo, forse in seguito all'obiter della Corte Costituzionale, e quindi allo scopo di porre fine alla questione, il Legislatore, in occasione della riforma della normativa sul divorzio, ha aggiunto una nuova causa di scioglimento, prevedendo l'ipotesi di divorzio domandato da uno dei coniugi, senza previa separazione, nel caso di passaggio in giudicato di una sentenza di rettificazione del sesso¹¹⁹.

Parte della dottrina apprese con favore la riforma del 1987, considerando che la previsione di questa nuova fattispecie indirettamente abrogasse il richiamo all'automaticità (quel “provoca” su cui si è tanto discusso) contenuto nella art. 4 della legge del 1982¹²⁰.

118 Corte Costituzionale 25/5/1985 n. 161, punto 12 del Considerato in diritto.

119 L'art. 7 della L. 6 marzo 1987 n. 74 aggiungeva, così, la lettera «g» all'art. 3, II comma L. 1° dicembre 1979 n. 898.

120 SANTOSUOSSO, *Il divorzio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, Tomo II, 1996, pag. 320 per cui «il legislatore del 1987 ha ritenuto di dover stabilire, a maggior tutela dei coniugi e soprattutto per gli eventuali provvedimenti temporanei per la prole, che la pronuncia di rettificazione costituisca una delle cause per le quali il divorzio possa esser domandato in una autonoma procedura di divorzio; procedura che non differisce dalle altre. Occorrerà quindi la domanda di una parte ed una specifica sentenza perché si produca l'effetto dello scioglimento del matrimonio». Per Stanzione «la legge n. 74/87, in materia, se, da un lato, si limita ad includere tra le cause di divorzio la rettificazione dell'attribuzione di sesso, dall'altro subordina la relativa domanda al passaggio in giudicato della sentenza, in tal modo rimettendo il definitivo scioglimento del matrimonio all'agire delle parti. La finalità sottesa è, probabilmente, quella di ridurre il trauma dell'altro coniuge, altrimenti costretto a subire gli effetti di un divorzio “automatico”, la cui iniziativa sarebbe da ricondurre al solo transessuale» (Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82 Dir. Fam 2009, 02, 713). Ancora Sciancalepore e Stanzione sottolineavano la «univoca affermazione positiva», rilevando che «se in prima approssimazione si accogliesse la tesi di

Molti commentatori invece non accolsero con favore il nuovo impianto normativo (per alcuni la permanenza del vincolo matrimoniale veniva addirittura considerata “aberrante”¹²¹); si sottolineava dunque che a seguito della Novella del 1987 fosse necessario che uno dei coniugi si attivasse per ottenere lo scioglimento, altrimenti, di fronte all'eventuale inerzia di entrambi si sarebbe

un'operatività automatica del divorzio, apparirebbe con immediatezza che non si concede idonea tutela, bensì si danneggia, l'altro coniuge, costretto a subire un divorzio la cui iniziativa risale al solo transessuale» e ravvisavano, in caso di lettura contraria, una ragione di incostituzionalità della norma proprio nella mancata tutela dell'altro coniuge (Transessualismo e tutela della persona, Ipsa, Milano 2002, 89). Per Quadri, il Legislatore avrebbe «inteso riportare nell'alveo della generale disciplina del divorzio l'ipotesi prevista dall'art. 4 della legge 14/4/1982 n. 164» così da necessitare una specifica domanda di uno dei coniugi: «la pronuncia di rettificazione (passata in giudicato) viene a rappresentare, ora, la causa sulla cui base il divorzio può essere domandato da uno qualsiasi dei coniugi o da entrambi, neppure da prendere in considerazione risultando un'iniziativa del pubblico ministero e superata restando la precedente ipotizzabile automaticità dello scioglimento del matrimonio» (Rettificazione di attribuzione di sesso, in Digesto delle discipline privatistiche, 1990, 531); commenta favorevolmente la riforma che «riporta l'ipotesi nell'alveo della generale disciplina del divorzio» Giusti Nuove norme sullo scioglimento del matrimonio, Art. 7 in Nuove Leggi Civ. Comm. 1987, 873; anche per D'Ettore «non appare ipotizzabile un potere di intervento del P.M.» poiché «l'esercizio di un siffatto potere si porrebbe in contrasto con il diritto di azione, che spetta unicamente ai soggetti che hanno contratto matrimonio» (Lo scioglimento del matrimonio, in Trattato Bonilini-Cattaneo, 1997, 575). Lamentavano che con l'opinione contraria «l'interpretazione letterale dell'art. 3 della legge sul divorzio viene del tutto trascurata in omaggio al principio di indisponibilità dei diritti della personalità e in funzione di una soluzione coerente con la concezione che il sistema offre del matrimonio (ma anche delle unioni di fatto), basato fino ad oggi sulla necessaria diversità (iniziale e successiva) di sesso tra gli sposi. Si mortifica così l'attitudine del dato normativo a precorrere la tendenza espressa in più recenti progetti di legge, che riconoscono dignità (anche) giuridica alle cosiddette unioni affettive, comprese quelle omosessuali, equiparandole in larga misura alle unioni coniugali» Palmeri, Venuti Il transessualismo tra autonomia privata ed indisponibilità del corpo in Dir. Fam. 1999, 04, 1331. Cfr., ancora, Cattaneo, per cui la previsione della sentenza di rettificazione come autonoma causa di divorzio risponde all'esigenza di assicurare maggiore tutela agli ex coniugi (Corso di diritto civile, 159) e Rossi Carleo Le cause di divorzio in Trattato Bessone, 1999, 356.

121 DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, s. d., ma 1995, 2^a ed., 159. Le perplessità della dottrina erano peraltro del tutto comprensibili atteso che, come acutamente osservato, «il paradigma eteronormativo dell'ordinamento non era suscettibile di essere nemmeno ipoteticamente posto in discussione negli anni ottanta» Schuster, L'identità di genere cit., notazione che in buona parte vale anche per il periodo successivo.

rischiato il mantenimento di un rapporto coniugale tra due persone dello stesso sesso¹²².

Altra dottrina ancora seguiva un diverso indirizzo, secondo il quale la disposizione (in una sorta di effetto misto) era da intendere necessaria solo per i residui effetti patrimoniali e personali, in quanto lo scioglimento del vincolo derivava direttamente dalla rettificazione del sesso¹²³.

122 BONILINI, *La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. n. 164/1982*, in Commentario Schlesinger, 2004, pag. 275 il quale pur non mancava di criticare tale soluzione legislativa.

123 BIANCA, *La Famiglia*, 2005 Giuffrè, 272. Cfr anche Dogliotti per il quale pur essendo la norma «ambigua» la soluzione dell'automatismo sarebbe la «più accettabile», difatti «la certezza dei rapporti giuridici ed esigenze di ordine pubblico richiedono che non possa permanere matrimonio tra due coniugi ormai legalmente dello stesso sesso: non si potrebbe pertanto far dipendere la pronuncia di scioglimento dalla mera volontà delle parti», Transessualismo (Profili giuridici) in Novissimo digesto, appendice Torino, 1987, VII, 786. Per Vecchi la prosecuzione del matrimonio è soluzione «sicuramente estranea agli intenti del legislatore del 1987» e si dovrebbe «ritenere che il rifiuto da parte dell'ordinamento di un rapporto matrimoniale di natura omosessuale escluda anche l'applicabilità dell'art. 10, II comma l. n. 898/1970 in base al quale la sentenza di divorzio ha efficacia dal momento della sua trascrizione» (voce Transessualismo in Enc. Giur. Traccani, XXXI, Roma Utet 1994, 9). Per Sesta, pur ponendo la riforma del 1987 «seri problemi di coordinamento con l'art. 4» atteso che «il chiaro riferimento in essa contenuto alla disciplina del divorzio ed alle successive modificazioni sembrerebbe condurre nella direzione di una prevalenza dell'art. 3, n. 2, lett. g), con la conseguenza che il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di sesso dovrebbe configurarsi mera condizione per promuovere il giudizio di divorzio», la soluzione si rileva «in realtà non persuasiva, specie se si considera che rimarrebbe in vita un vincolo matrimoniale che, avvenuta la rettificazione, unisce persone dello stesso sesso, e ciò fino a quando uno dei due coniugi non decida di avviare il giudizio di divorzio» Diritto di famiglia, Cedam 2005, 314. Anche per Coco tra le due pronunzie vi sarebbe un «passaggio necessitato e non volontario» (Legge 14 aprile 1982, n. 164, sul transessualismo: panorama di giurisprudenza in Rass. Dir. Civ. 1996, 591). Affrontava la questione della successione delle leggi nel tempo La Torre, la quale pur rilevando che la legge del 1987 «aggiungendo la lettera g ai casi di scioglimento del matrimonio di cui alla l. n. 898/1970, non fa alcuna distinzione rispetto ai casi precedenti (lett. a-f), così da accomunarli tutti nella medesima disciplina che regola la procedura giudiziale» riteneva che l'intento del Legislatore nella specie non fosse comunque abrogativo della legge precedente, facendo dunque salvo l'effetto automatico suggerito dalle norme del 1982 (La rettificazione di attribuzione di sesso. Il dato normativo e i problemi ermeneutici in Trattato di diritto di famiglia diretto da Zatti, 1583). Per Pittalis, invece, la legge del 1987 «ha aggiunto l'ipotesi di mutamento di sesso in coda all'elenco delle cause di divorzio, senza

È evidente dunque che neanche la riforma legislativa (che tra l'altro seguiva indirettamente il responso della Corte Costituzionale) era riuscita ad appianare le questioni. Proprio per questo oggi la questione è ancora aperta. Ma torniamo infatti ai fatti odierni.

4.4 - Il ricorso in Cassazione

Avverso il provvedimento della Corte d'Appello di Bologna i coniugi hanno proposto ricorso per Cassazione, cui è seguito il controricorso del Ministero dell'Interno.

Proviamo ad elencare punto per punto le complesse e articolate censure proposte dalle ricorrenti in opposizione al provvedimento, quali argomentazioni a sostegno del ricorso per Cassazione:

- l'affermazione implicita, contenuta nel provvedimento impugnato, che non sarebbe necessaria una dichiarazione giudiziale di scioglimento del vincolo quando sia stata pronunciata la rettificazione di sesso, viola il principio secondo il quale tale scioglimento deve “necessariamente” formare oggetto di una pronuncia giudiziale. Si osserva che siffatto principio non solo è chiaramente recepito nella legge 898 del 1970, che non contempla ipotesi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio che non siano pronunciate dall'autorità giudiziaria, analogamente a quanto è disposto per le cause di invalidità (di qualsiasi natura) del matrimonio, ma deve essere ritenuto un principio inderogabile di ordine pubblico interno;

distinguerla rispetto alle altre, così da assoggettarla alla medesima disciplina, subordinandola all'onere della domanda di uno dei coniugi»; tuttavia, poiché la sentenza di rettificazione del sesso è «da sola sufficiente, una volta passata in giudicato, a produrre l'effetto estintivo del matrimonio, mentre detto effetto non può essere proclamato dal tribunale che pronuncia la rettificazione ... è evidente che la sentenza di divorzio avrà natura dichiarativa e non costitutiva, in quanto si limita ad accertare un fatto già avvenuto con la sentenza di rettificazione di attribuzione dei sesso» (Scioglimento del matrimonio, art. 3, in Codice della Famiglia, a cura di Sesta, Tomo II, 2009, 3843).

- si rileva inoltre che l'annotazione dell'ufficiale dello stato civile di cessazione degli effetti civili del matrimonio a seguito della sentenza di rettifica di sesso, non può ritenersi legittimata solo perché recepisce un'astratta previsione normativa, trovando applicazione il principio di tassatività degli atti amministrativi, desumibile dagli artt. 453 c.c., dal d.p.r. n.396 del 2000 artt. 11, 12, 69, 102¹²⁴;

- sotto altro profilo le ricorrenti censurano il decreto impugnato per aver ritenuto che lo scioglimento del vincolo derivante dalla rettifica di sesso non deve essere dichiarato mediante il procedimento giudiziale di cui alla legge 898 del 1970¹²⁵;

- sotto ulteriore profilo si ritiene che l'affermazione della decisione impugnata, secondo cui il permanere del vincolo coniugale sino a che non intervenga una pronuncia giudiziale di cessazione degli effetti civili sarebbe *“contrario ai principi di ordine pubblico che regolano l'istituto”*, e in particolare al principio che fonda la sussistenza del matrimonio sulla diversità di sesso, finisce con *“l'equiparare ingiustificatamente la situazione di due persone dello stesso sesso che intendono contrarre matrimonio a quella di due*

124 Art. 453 c.c. “(Annotazioni) Nessuna annotazione può essere fatta sopra un atto già iscritto nei registri se non è disposta per legge ovvero non è ordinata dall'autorità giudiziaria; D.p.r. n.396 del 2000 artt. 11 comma terzo “L'ufficiale dello stato civile non può enunciare, negli atti di cui è richiesto, dichiarazioni e indicazioni diverse da quelle che sono stabilite o permesse per ciascun atto”; art. 12 comma primo: “Gli atti dello stato civile sono redatti secondo le formule e le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'interno, da emanarsi entro dodici mesi dalla pubblicazione del presente regolamento, le cui disposizioni entrano in vigore contestualmente a quelle contenute nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'articolo 10, comma 2”; e artt. 69 e 102.

125 Si osserva al riguardo che la modifica dell'art. 3 introdotta dalla novella di cui alla legge n. 74 del 1987 non ha determinato alcun mutamento nel regime giuridico preesistente, avendo indicato soltanto l'iter processuale per il conseguimento degli effetti dello scioglimento medesimo, e che d'altro canto, ancor prima dell'innesto della lettera g) nel citato art. 3, l'art. 4 della legge n. 164 del 1982 rinviava alla legge n. 898 del 1970.

soggetti regolarmente coniugati, uno dei quali decida (appunto) di cambiare sesso". Al riguardo è importante osservare che la diversità tra orientamento sessuale e identità di genere è stata riconosciuta anche dalla Corte Costituzionale¹²⁶, identificandosi il transessuale in *"un soggetto che, pur presentando i caratteri genetici e fenotipici di un determinato genere, sente di appartenere ad un altro genere, del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti"*;

- si osserva altresì che nell'ipotesi di pregresso matrimonio contratto da soggetto transessuale esiste un rapporto coniugale verso la stabilità del quale è diretto il *favor* dell'ordinamento e che il mancato riconoscimento del diritto di sposarsi non può essere equiparato ad uno status già acquisito, essendo in tale ipotesi i coniugi già titolari di quel complesso di diritti e doveri che l'ordinamento riserva loro in ragione dello status in questione. Si aggiunge che nell'ipotesi di scioglimento automatico il coniuge che non ha rettificato il proprio sesso non avrebbe la possibilità di esprimere alcuna opzione all'interno di una sfera giuridica che deve essere caratterizzata dalla non ingerenza dell'autorità statale, sarebbe quindi privato di un *"diritto fondamentale"* già acquisito.

Sempre da parte delle ricorrenti sono infine prospettate due eccezioni di **illegittimità costituzionale** dell'art. 4 della legge n. 164 del 1982:

- la prima eccezione fa riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117 della Costituzione, in relazione agli artt. 6 e 14 della CEDU e 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nella parte in cui la norma non prevede che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio debbano essere pronunciati anche nell'ipotesi in esame da sentenza dell'autorità giudiziaria, violando così

¹²⁶ La più recente sentenza n. 138 del 2010 e la precedente n. 161 del 1985.

si agli artt. 24 e 111 della Costituzione (sotto il profilo della negazione del diritto di difesa e del giusto processo), sia degli artt. 3 Cost. e 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (sotto il profilo della ingiustificata discriminazione dei coniugi divenuti dello stesso sesso rispetto alle altre tipologie di relazioni coniugali, ritenendo violato il principio di ragionevolezza, non ravvisandosi alcuna logica nel ritenere che solo la persona transessuale e il suo coniuge debbano subire una risoluzione forzata del vincolo coniugale laddove per tutte le altre ipotesi è richiesto l'accertamento giudiziario;

- l'altra eccezione di legittimità costituzionale fa riferimento agli artt. 2 e 29 Cost. e 8 e 12 CEDU, nonché 7, 9, 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nella parte in cui l'art. 4 (della legge 164 in questione) non prevede che lo scioglimento debba essere dichiarato su istanza di uno dei coniugi dall'autorità giudiziaria, sottraendo in questo modo ai coniugi stessi il diritto di autodeterminazione, sia come singoli, sia nella formazione sociale costituita dalla loro famiglia (legittimamente fondata su matrimonio legittimamente contratto), integrando inoltre una lesione del principio di uguaglianza, in quanto l'ipotesi dello scioglimento del vincolo per rettificazione di sesso costituirebbe l'unica ipotesi in cui i coniugi sarebbero privati della tutela giurisdizionale, dovendo subire la risoluzione forzata del vincolo coniugale solo per la condizione di transessualismo di uno di loro (torna anche qui la violazione del principio di discriminazione e di ragionevolezza).

Tutte le annotazioni prospettate dalle ricorrenti sono ovviamente fondamentali e rilevanti perché la necessità o meno dell'accertamento giudiziale della causa di scioglimento del vincolo costituisce il presupposto per la valutazione di legittimità o illegittimità dell'annotazione contestata.

4.5 - L'ordinanza n. 14329/2013

La Corte di Cassazione esordisce, nel suo “considerato in diritto”, ammettendo che per la prima volta una questione di questo genere viene posta all'attenzione della stessa, seppure non era “*sfuggita all'attenzione della dottrina fin dall'entrata in vigore della legge 164 del 1982*”. Fatte dunque le premesse di fatto, la Corte si pone l'obiettivo di definire esattamente il *thema decidendum* di una questione che ebbe origine dall'annotazione dello scioglimento di un vincolo coniugale sul registro dei Stato Civile.

Ritiene la Corte che non può affrontarsi tale questione e le sue già esposte probabili conseguenze se non si chiarisce preventivamente quale sia l'efficacia della rettificazione del sesso di uno dei coniugi su di un precedente matrimonio regolarmente celebrato. Partendo da questo presupposto e tenendo in considerazione le censure fornite dalle ricorrenti a supporto dell'impugnazione nei confronti di quanto stabilito dalla Corte d'Appello, proviamo ad enunciare le considerazioni “di diritto” contenute nell'ordinanza in analisi.

- Innanzi tutto la Suprema Corte tenta di fare una rapida disamina della normativa relativa agli atti dello stato civile, evidenziando la natura meramente derivata (da una norma di legge o da un provvedimento giudiziale) dell'esercizio di “quel” potere amministrativo, a contenuto dichiarativo/esecutivo¹²⁷. In linea generale

127 L'art.5 primo comma lettera a) del d.p.r. 396 del 2000 stabilisce che l'ufficiale, nel dare attuazione ai principi generali sul servizio dello stato civile, ha il compito di aggiornare tutti gli atti concernenti lo stato civile, essendogli vietato (art.11, comma 3) di enunciare dichiarazioni ed indicazioni diverse da quelle che sono stabilite o permesse per ciascun atto. Tale precisazione sta ad indicare che sull'atto di nascita o di matrimonio possono essere eseguite soltanto annotazioni relative ed inerenti a quell'atto, ma non che non si debba aggiornare il contenuto certatorio quando la condizione preesistente si sia modificata nel rispetto delle prescrizioni di legge.

dunque, gli artt. 453 c.c. e 102 del d.p.r. 396/2000 stabiliscono che le annotazioni possono essere disposte “*per legge o ordinate dall'autorità giudiziaria*”; è necessario però che venga indicato l'atto o il provvedimento in base al quale esse sono eseguite.

Sulla base di tale assetto normativo appare evidente che, nella fattispecie in questione, l'ufficiale di stato civile ha provveduto (sulla base dell'art. 4 legge 164 del 1982) all'annotazione (contestata), considerandola quale effetto “*automatico ed ineludibile*” dell'accertamento giudiziale compiuto (la pronuncia di rettificazione di attribuzione di sesso).

Più in concreto, l'ufficiale ha ritenuto che l'ordine di annotazione della rettificazione dell'attribuzione di sesso determinasse l'obbligo, sostenuto dal citato art.4, di aggiornare anche il registro degli atti di matrimonio relativo alle posizioni delle parti ricorrenti. Sulla base di questa lettura delle norme, si giustifica l'esercizio del potere da parte dell'ufficiale dello stato civile¹²⁸.

In sostanza la Corte non ritiene che possa riscontrarsi una totale carenza di potere nell'esecuzione dell'annotazione da parte dell'ufficiale, infatti la normativa va interpretata in via sistematica, coordinata cioè con le cause di scioglimento del vincolo e di cessazione degli effetti civili del matrimonio previste dalla legge del 1970 sul divorzio e dalla legge speciale 164 del 1982.

Nel caso specifico, secondo la Suprema Corte, l'ufficiale ha adempiuto ad un obbligo di legge, peraltro sorto in base al titolo giudiziale che ne costituisce il presupposto; il d.p.r. 396 rappresenta un corpus normativo “servente”, volto a disciplinare gli atti e i registri dello stato civile. Dunque, delimitata in tal modo la finalità del d.p.r.

128 Alla luce dell'art. 69 del d.p.r. n.396 del 2000, che al primo comma regola gli atti di matrimonio, alla lettera d) stabilisce che in essi si fa annotazione delle “sentenze” di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

varie volte citato, la Corte esclude che da esso possano desumersi i modelli matrimoniali /familiari esistenti e/o consentiti nel nostro ordinamento, i quali vanno invece enucleati dall'insieme dei principi costituzionali e di diritto positivo che complessivamente li disciplinano.

Appurato dunque che l'attività svolta dall'ufficiale non è di tipo “certatorio” e non è eseguita in condizione di carenza di potere, la valutazione sulla legittimità dell'esercizio della funzione esercitata con l'annotazione, va individuata necessariamente tramite l'esame delle norme che regolano gli effetti della rettificazione di attribuzione di sesso sui vincoli matrimoniali preesistenti.

- Anche in questa direzione, la Corte tenta di effettuare un'accurata analisi della normativa che regola la rettificazione di sesso, esaminandola in un primo momento nella sua versione originale, poi nella versione riformata, ottenendo in tal modo elaborazioni differenti.

La legge n.164 del 1982 prevedeva espressamente all'art. 4 (formulazione in vigore fino al 2011) che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso.

Fino all'entrata in vigore della legge n. 74 del 1987 la maggior parte della dottrina riteneva che con il passaggio in giudicato della sentenza si determinasse automaticamente (senza la necessità di una pronuncia giudiziale apposita) lo scioglimento/cessazione degli effetti civili del matrimonio preesistente.

Per la precisione, l'attenzione degli interpreti era principalmente concentrata sul diritto del soggetto che mutava la propria identità di genere di legarsi e contrarre matrimonio con un partner di *sex* diverso da quello scaturito dal percorso di autodeterminazione

personale con conseguente pronuncia giudiziale. Anche le indicazioni che provenivano dalla Corte Edu¹²⁹ erano rivolte in quegli anni a consentire al soggetto che mutava sesso il pieno diritto alla vita privata e familiare mediante la possibilità di contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 12 della CEDU, o il godimento di diritti sociali conseguenti al genere mutato.

Come confermato dalla Corte Costituzionale (sent. 161 del 1985), con la legge n.164 del 1982 il nostro legislatore ha introdotto un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato.

Presupposto della normativa è quindi la concezione del sesso come complesso dato della personalità determinato da più fattori, dei quali va ricercato e agevolato l'equilibrio, la cosiddetta coincidenza fra *“soma e psiche”*. L'attenzione del legislatore e della Consulta (in accordo con gli orientamenti della CEDU), in questa prima fase di applicazione della normativa è stata quella di includere nel novero aperto dell'autodeterminazione anche questo peculiare e spesso sofferto percorso personale.

Vi era dunque la percezione della necessità di una soluzione di continuità con il passato del soggetto, di rompere con esso, in quanto caratterizzato da una condizione di genere non accettata; si sono introdotte infatti norme rivolte alla risoluzione dei rapporti coniugali precedenti (considerando anche la volontà assoluta di non aprire alcun varco alla possibilità di riconoscere matrimoni fra persone dello stesso sesso).

La tecnica utilizzata è stata quella di richiedere come condizione per il riconoscimento del diritto alla rettificazione dell'attribuzione di sesso lo scioglimento del vincolo precedente (così come previsto in Germania) o viceversa, cioè di far conseguire alla

129 I. contro Regno Unito, ricorso n. 25680/94; Goodwin contro Regno Unito, ricorso n.28957/95; Grant contro Regno Unito, ricorso n. 32570/2003.

pronuncia giudiziale il medesimo effetto.

Dunque, come precisato dalla sentenza dell'85, nella legge n.164 lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio conseguono alla sentenza di rettificazione. Pertanto secondo la Corte deve escludersi che nell'ampio spettro dei diritti e delle libertà espresso dalla nuova legge¹³⁰ sia ricompresa la scelta di conservare il preesistente vincolo matrimoniale in quanto, proprio per il valore che (dalla legge e dalla sentenza dell'85) viene dato alla nuova identità e quindi alla rettificazione del sesso, dopo la pronuncia giudiziale tale vincolo legherebbe due persone dello stesso sesso.

Quindi il bilanciamento di interessi in gioco risulta chiaro: da un lato c'è il diritto al riconoscimento della vera identità del genere del soggetto che desidera rettificare il sesso che gli è stato attribuito alla nascita, dall'altro c'è l'interesse statale a non modificare i modelli familiari, a costo di un potenziale sacrificio del diritto alla vita privata che tale bilanciamento comporta; all'entrata in vigore della legge, non può ritenersi coerente con il nostro sistema di valori costituzionali, l'estensione del diritto all'autodeterminazione fino al punto di consentire una scelta sulla conservazione del vincolo matrimoniale precedentemente contratto *secundum legem*.

L'art. 3 della legge 898 del 1970 (come modificato dalla legge 74 del 1987) ha aggiunto alle altre ipotesi di scioglimento del matrimonio quella relativa al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso. La norma si apre testualmente così: “*Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi*”; secondo le argomentazioni delle ricorrenti dovrebbe escludersi che, almeno

130 Che la stessa Corte Costituzionale ha definito appartenenti “*all'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà, dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale*”.

dall'entrata in vigore di tale riforma, che la pronuncia giudiziale possa determinare *ope legis* lo scioglimento del vincolo, considerando che anche l'art.4 della legge 164 del 1982 sancisce l'applicabilità delle disposizioni della legge 898.

La Corte però osserva che con la legge 74 in realtà non è stata operata alcuna innovazione rispetto al sistema preesistente in merito ai modelli familiari, non essendo assolutamente questo risultato compreso tra le possibili finalità dell'intervento legislativo.

La novella appare piuttosto finalizzata alla razionalizzazione del sistema preesistente, intesa come un'opera di ammodernamento, sia delle norme sostanziali che delle forme processuali: aggiungere tra le ipotesi di scioglimento del matrimonio quella relativa (specificamente) alla sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso. Dunque, secondo la Corte, non può farsi discendere da un intervento normativo tanto circoscritto, una modificazione sostanziale dei modelli matrimoniali previsti dal nostro ordinamento¹³¹.

La disamina fin qui volta, porta la Corte alla logica conseguenza di poter escludere la necessità che lo scioglimento del vincolo debba necessariamente conseguire ad una domanda di parte; tuttavia la Corte intende proseguire nel ragionamento, per accertare se l'interpretazione coordinata dell'art.4 della legge 164 del '82 e l'art.3 della legge 898 del '70 non conduca in ogni caso all'inevitabilità di una pronuncia giudiziale ad hoc, anche in assenza di domanda.

Parte della dottrina avrebbe ipotizzato la possibilità di una

131 L'inclusione della lettera g) nell'art.3 della legge 898 del 1970 non comporta che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio per effetto della rettificazione di attribuzione di sesso debbano essere inevitabilmente contenuti in una pronuncia giudiziale, in quanto la norma che ha introdotto questa causa solutoria (art. 4 l. n. 164 del 1982) ne ha stabilito l'operatività automatica in conseguenza soltanto del passaggio in giudicato (indicato espressamente nell'art.3 quarto comma lettera g) della l. n. 898 del 1970, ma da ritenersi implicitamente desumibile già dalla formulazione del citato art.4) della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso.

pronuncia “officiosa” di scioglimento da adottarsi insieme alla pronuncia di rettificazione, affermando che con tale soluzione si rispetterebbe l'operatività automatica della causa di scioglimento e anche il principio della riserva assoluta di giurisdizione che governa il regime giuridico degli status.

Questa soluzione, a parere della Corte, si presta a forti critiche: *in primis* perché non appare rispettosa della lettura coordinata dei sopra citati articoli di legge, infatti l'operatività automatica dell'effetto solutorio risulta condizionata non ad una mera pronuncia bensì al passaggio in giudicato della sentenza; in realtà, al di là dell'ostacolo formale di cui si è appena discusso, la Corte ravvisa una più significativa ragione di tipo sostanziale, ostativa all'accoglimento della suddetta interpretazione: lasciare infatti la declaratoria di scioglimento all'iniziativa d'ufficio del tribunale ancorerebbe “*l'effetto solutorio esclusivamente alla scelta del tribunale*”, si creerebbe così una ingiustificata disparità di trattamento (tra le coppie sposate che versano in questa condizione); in tal modo lo scioglimento del vincolo si verificherebbe *secundum eventum litis*, ossia subordinatamente all'esercizio dei tale potere officioso. Alla Corte dunque appare evidentemente una soluzione “*irragionevole e discriminatoria, del tutto inidonea a fornire una risposta adeguata al rilievo costituzionale degli interessi in gioco*”.

Esclusa tale possibilità la Corte ritiene di doverne escluderne ancora un'altra, cioè quella che attribuirebbe l'iniziativa giudiziale al pubblico ministero, in quanto tale organo ha il limitato potere di intervenire, ai sensi dell'art. 70 e 72 cod. proc. civ., ma non quello di promuovere l'azione relativa allo scioglimento del vincolo. Alla stessa conclusione si giunge sulla base dell'art. 5 quinto comma, legge 898 del 1970 e del d.lgs. n. 150 del 2011: l'art 31 infatti prevede la

partecipazione del pm come mero interveniente; peraltro la stessa norma in questione sembrerebbe rafforzare l'effetto solutorio sul vincolo matrimoniale preesistente laddove appunto stabilisce che la sentenza di rettificazione di sesso “determina” (e non “provoca”) lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, sottolineando così l'automatismo e l'operatività *ope legis* del predetto effetto.

In conclusione, la stessa Corte prova a tirare le somme dell'articolata disamina effettuata in ordine alla disciplina normativa sulla rettificazione dell'attribuzione di sesso in combinato disposto con la normativa relativa al procedimento di divorzio, affermando che la scelta del legislatore¹³², in accordo con la prevalente dottrina, risulta quella di aver introdotto una fattispecie di divorzio “imposto” ex lege, che non richiede, al fine di produrre i suoi effetti, una pronuncia giudiziale ad hoc¹³³.

Proprio partendo da questa soluzione, la Corte si sente obbligata a porsi un interrogativo, relativo alla compatibilità di essa con il sistema Costituzionale, integrato dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (così come interpretata dalla Corte di Strasburgo).

È imperativo della Suprema Corte quello di affrontare la questione del riconoscimento e della tutela del diritto di autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale (di cui la sfera sessuale esprime carattere costitutivo), del diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale (a maggior ragione se essa assume i caratteri di stabilità e continuità tipici del vincolo coniugale), del diritto a non essere discriminati rispetto alle

132 Confermata dalla novella introdotta con l'art.31 del d.lgs. n.150 del 2011 (*ratione temporis* non applicabile al presente giudizio).

133 Salva la necessità di una tutela giurisdizionale limitatamente alle decisioni relative ai figli minori.

altre coppie coniugate cui è riconosciuta sempre la possibilità di scegliere in merito all'attivazione del divorzio, del diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale preesistente.

Dunque la Corte si impone un quesito fondamentale (legato a tutti i profili già considerati), relativo all'adeguatezza del “*sacrificio imposto all'esercizio di tali diritti dall'imperatività dello scioglimento del vincolo per entrambi i coniugi*”.

Prima di proseguire nel dettaglio delle questioni di legittimità costituzionale che la Corte di Cassazione, nell'ordinanza in analisi, ha sollevato, per sottoporle al vaglio della Consulta, ritengo opportuno aprire una parentesi, per occuparmi (seguendo l'ottima impostazione offerta da Marco Gattuso nel commento alla fattispecie in questione) di alcuni aspetti utili a comprendere eventuali rimandi e richiami della Corte, in particolare in merito ai precedenti sia italiani che stranieri, collegabili alla fattispecie in esame.

4.6 - I precedenti

L'importanza della questione che stiamo affrontando e quindi della sentenza che si attende a breve, è desumibile anche dal dato quantitativo (per la rarità), infatti è appena la terza volta che la questione transessuale approda innanzi alla Corte Costituzionale.

Già una volta nel 1979¹³⁴ era stata sollevata questione di legittimità per la mancanza di qualsiasi normativa a protezione dell'identità dei transessuali; questione che la Corte respinse sostenendo che l'identità sessuale non rientrasse tra i diritti

¹³⁴ Sentenza Corte Costituzionale n.98, 12 luglio 1979.

fondamentali protetti dall'art. 2 della nostra Costituzione.

Appena pochi anni dopo (nel 1985) la Corte aveva cambiato radicalmente idea¹³⁵ respingendo un'eccezione della Cassazione, riconoscendo in tal modo la legittimità della scelta del legislatore di autorizzare il mutamento di sesso, introdotta (tra una sentenza e l'altra) appunto con la legge n.164 del 1982.

La Consulta in quell'occasione sottolineò come il legislatore avesse legittimamente adottato una “*concetto di identità sessuale nuovo*”, poiché aveva posto la psiche, e non il fisico, a fondamento dell'identità di genere riconosciuta dall'ordinamento.

Anche per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, siamo in possesso di sole due sentenze, emesse una prima, l'altra dopo la riforma del 1987, in cui si affermava la possibilità di pronunciare la cessazione del vincolo con la stessa sentenza di rettificazione di sesso.

Nel primo caso, la stessa parte ricorrente aveva chiesto al tribunale di dichiarare il divorzio, e il Tribunale di Roma aveva ritenuto che “*il legislatore abbia inteso escludere che possa rimanere in vita un matrimonio quando i coniugi, per fatti successivi alle nozze, vengano ad avere lo stesso sesso*”¹³⁶.

Successivamente alla riforma, l'altro caso, in cui entrambi i coniugi avevano chiesto al tribunale di dichiarare il divorzio nell'ambito del procedimento di rettificazione di sesso, qui il Tribunale di Fermo rilevava che “*la comunione materiale e spirituale tra i coniugi non può assolutamente sopravvivere all'adeguamento di sesso, sicché il divorzio segue di necessità ed automaticamente*”, ritenendo che “*non vi sia necessità della instaurazione di un autonomo giudizio di divorzio successivo al passaggio in giudicato della*

¹³⁵ Sentenza Corte Costituzionale n.161 del 6 maggio 1985.

¹³⁶ Tribunale Roma 3/12/1982 in Giust civ. 1983, 996.

sentenza di rettificazione”, non essendovi “*ostacoli di natura logica a concepire una sentenza che pronunci nello stesso tempo la rettificazione di attribuzione di sesso e lo scioglimento del matrimonio*”¹³⁷.

I giudici in pratica si erano occupati, in questi casi, soltanto della forma del procedimento, senza affrontare la questione (costituzionale) della sussistenza della volontà di divorziare¹³⁸. Molto diverso è invece il caso di cui ci stimo occupando in cui, appunto, i coniugi si oppongono alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del loro matrimonio, e a cui si aggiungono, rispetto ai precedenti casi menzionati, due aspetti molto peculiari: la carenza di una domanda diretta allo scioglimento del vincolo e l'assenza di una pronuncia giurisdizionale diretta a determinarlo.

Ricollegandoci dunque alla vicenda *de qua* è opportuno e molto interessante osservare i casi simili di cui si sono già occupate la giurisprudenza austriaca e tedesca. Entrambe le corti costituzionali dei suddetti Paesi si sono espresse in senso contrario allo scioglimento coatto del vincolo coniugale.

In particolare, nel caso della Germania, si trattava di un'anziana transessuale che insieme alla propria compagna aveva già sofferto persecuzioni sotto il regime nazista e chiedeva di poter finalmente coronare il sogno d'essere riconosciuta come donna senza perdere la compagna con cui aveva condiviso tutta la vita; la decisione della

¹³⁷ Tribunale Fermo 28/2/1996 in Foro.it 1997, 1656.

¹³⁸ Rileva che il problema che i giudici hanno affrontato «risultava circoscritto alle forme ed ai modi in cui procedere allo scioglimento, non essendo in discussione né la presenza di uno dei presupposti che consentono il divorzio, né l'espressa domanda proveniente da uno dei coniugi; in tale contesto, la soluzione giudiziale dell'unificazione in una sola sede processuale della rettificazione e dello scioglimento appare plausibile ed adeguata, anche solo per elementari considerazioni di economia dei procedimenti e chiarezza della situazione giuridica», Pezzini Transgenere in Italia cit. 9.

Corte è stata dunque quella di proteggere quel matrimonio, dichiarandolo garantito.

Il Bundesverfassungsgericht ha rilevato come l'art. 2, 1° comma della Legge fondamentale (libero sviluppo della personalità) insieme all'art. 1, 1° comma (dignità personale) garantiscano la salvaguardia della vita privata e dell'identità di genere della persona.

La Corte tedesca ha osservato come la richiesta di estinguere il matrimonio limiti sostanzialmente il diritto al riconoscimento legale della propria identità personale, forzando la persona a scegliere tra due diritti ugualmente protetti dalla Costituzione: il diritto a realizzare la propria identità personale ed il diritto al matrimonio. Secondo il Tribunale la norma impugnata *“costringe la persona in un profondo conflitto interiore, poiché la pone innanzi ad un’alternativa che in ogni caso le impone di rinunciare a qualcosa di esistenziale per la sua vita”*.

La Corte tedesca sottolinea con chiarezza di condividere l'obiettivo perseguito dal legislatore di difendere il contenuto tradizionale del matrimonio evitando l'insaturazione di un matrimonio tra due persone dello stesso sesso e prevenendo la *“falsa impressione”* che anche le coppie dello stesso sesso si possano sposare. La Corte tedesca, infatti, ha definito da sempre il matrimonio l'unione tra uomo e donna.

Avendo ritenuto che lo scopo di proteggere la nozione eterosessuale del matrimonio sia uno scopo legittimo, la Corte ha osservato, tuttavia, come una caratteristica essenziale del matrimonio consista nell'aspettativa d'una durevole comunità di vita, osservando come anche la continuità del vincolo matrimoniale sia protetta dall'art. 6 della Legge fondamentale e ricordando come per il codice tedesco il matrimonio possa essere sciolto solo su base volontaria. Il matrimonio

è dunque un'istituzione a cui possono accedere soltanto coppie di uomini e di donne. D'altra parte, il matrimonio è una comunità di vita durevole nella quale lo Stato non può interferire.

Per la Corte però è in gioco anche il diritto della moglie a proseguire il matrimonio, tutelato dall'art. 6 della Legge fondamentale, poiché in ipotesi di divorzio coatto la moglie risulterebbe gravemente minacciata nella propria libertà matrimoniale e nel proprio affidamento nella permanenza della speciale protezione assicurata dal vincolo matrimoniale.

La Corte ha evidenziato come la limitazione dei diritti fondamentali della persona *“sarebbe ammissibile soltanto ove tale limitazione fosse giustificata da un fine legittimo ed ove fosse proporzionata”*. Per l'alta Corte tedesca, *“lo scopo di mantenere inalterato il matrimonio nella sua configurazione tradizionale, come unione di persone di diverso sesso, non risulta né di maggior né di minor peso rispetto alla protezione dell'affidamento di una coppia nell'aver dato vita col matrimonio ad una comunità di mutua responsabilità di durata illimitata, che non è suscettibile d'essere dissolta dallo Stato contro la volontà degli stessi coniugi”*¹³⁹.

Si deve sottolineare come la soluzione adottata dal Bundesverfassungsgericht evidenzia con attenzione la profonda differenza tra le nozioni di *identità di genere* e di *orientamento sessuale*, già sottolineata anche dalla nostra Corte Costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010: in base a tale distinzione è stato dunque possibile ammettere, in un ordinamento giuridico come quello tedesco,

¹³⁹ La decisione in ordine all'illegittimità del paragrafo 8, I comma n. 2 è stata raggiunta, dunque, alla luce d'una ponderazione degli interessi costituzionali in gioco (e la Corte nota anche che si tratta, in ogni caso, di un piccolo numero di persone interessate), tenendo conto dello speciale rilievo che la dignità personale (Menschenwürde) assume in quel sistema costituzionale.

che esclude il matrimonio tra persone dello stesso sesso, la permanenza del vincolo coniugale tra persone divenute dello stesso genere legale¹⁴⁰.

È importante ricordare che, prima della emanazione della sentenza in oggetto, in Germania la legislazione relativa al diritto alla rettificazione dell'attribuzione di sesso si fondava sulla necessità preventiva di sciogliere il vincolo matrimoniale preesistente, quale condizione di ammissibilità all'azione: anche lì dunque vi era la necessità di “*pagare un prezzo*” per vedersi riconosciuta la propria identità di genere.

La Corte Costituzionale ha però dichiarato l' incostituzionalità della norma in questione (paragrafo 8, primo comma, legge n. 2 del 1980) ritenendo che la richiesta di estinguere il matrimonio produca una limitazione sostanziale nel diritto al riconoscimento della propria identità, imponendo dunque al soggetto di scegliere tra due diritti ugualmente protetti dalla Costituzione. Come già si è detto precedentemente, tale decisione¹⁴¹ non determina in alcun modo un'apertura verso l'instaurazione di matrimoni fra persone dello stesso sesso (vd. *Supra* differenza nozioni orientamento sessuale/identità di genere).

Abbastanza simile a quello tedesco è un caso austriaco, che merita la nostra attenzione. L'Austria, con la pronuncia n. 17849 dell'8 giugno 2006 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che stabiliva l'intrascrivibilità della rettificazione di sesso in mancanza dello scioglimento del vincolo pregresso. La norma censurata è stata ritenuta in contrasto con il diritto dell'individuo al rispetto della sua vita privata, così come sancito dall'art.8 CEDU.

Per concludere credo sia opportuno parlare di un altro caso, a

140 GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, cit.

141 Pronuncia BverfG, 1 BvL 10/051.

cui, come vedremo in prosieguo, la Cassazione nella sua ordinanza farà un diretto riferimento, nella trattazione del giudizio in oggetto.

Si tratta del caso H. contro Finlandia del 2012, presso la Corte Edu, in cui viene affrontata una questione simile.

Nell'ordinamento finlandese, per poter registrare la rettificazione dell'attribuzione di sesso, qualora il richiedente sia unito in matrimonio, è necessario il preventivo consenso dell'altro coniuge al fine di “trasformare” il matrimonio in una *civil partnership*, una unione civile registrata prevista appunto da tale ordinamento. Quando è stata sollevata questione di legittimità in merito a tale assetto, i giudici europei hanno stabilito che la scelta del legislatore rientra “*nel margine di apprezzamento del singolo Paese contraente*” e che non vi è violazione del diritto alla vita privata e alla vita familiare ex art. 8 CEDU, al matrimonio ex art.12, e al divieto di discriminazione ex art. 14, in quanto la Finlandia prevede una *civil partnership* che assicura ai coniugi il mantenimento di diritti pressoché identici a quelli del matrimonio.

Come vedremo oltre con maggiore attenzione, la Corte di Cassazione sottolinea come in un ordinamento come il nostro in cui non vi sono alternative al matrimonio, la cessazione del vincolo non appaia compatibile con la Convenzione europea dei diritti umani.

4.7 - Le questioni di costituzionalità nell'ordinanza della Cassazione

La Corte di Cassazione nell'ordinanza in esame solleva dunque fondati dubbi di legittimità costituzionale in ordine alla soluzione adottata dal legislatore sul “divorzio imposto” alla coppia coniugata

che abbia “subito” la rettificazione di attribuzione di sesso di uno dei coniugi.

La complessa disamina fin qui svolta permette di offrire delle importanti considerazioni sul “*diretto ed esclusivo nesso eziologico*” intercorrente tra la qualificazione giuridica degli effetti della pronuncia di rettificazione sul rapporto coniugale e la soluzione della questione relativa all'esercizio del potere dell'ufficiale di stato civile nell'esercizio dell'annotazione, in assenza di una statuizione giudiziale ad hoc.

Secondo la Corte, basandosi sull'attuale assetto normativo, il ricorso che ha dato vita al procedimento in esame andrebbe rigettato; nell'ipotesi contraria invece il decreto impugnato dovrebbe essere cassato. Ma nessuna delle due soluzioni sarebbe auspicabile in assenza di un chiarimento definitivo in merito al fondato sospetto di incostituzionalità sotto i profili e nei termini che, seguendo l'impostazione offerta dall'ordinanza stessa, tenteremo di illustrare.

La norma su cui cadono i sospetti di illegittimità costituzionale è l'art. 4 della legge 164 del 1982¹⁴² abrogata dall'art. 36 del d.lgs n.150 del 2011 nella parte in cui prevede che la pronuncia di rettificazione “*determina*” (rafforzandone l'operatività automatica rispetto al precedente “*provoca*”) lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili, così introducendo ufficialmente, ex lege, l'unica ipotesi prevista nel nostro ordinamento di divorzio imposto.

La Corte ritiene che l'esercizio del diritto individuale al riconoscimento della propria identità di genere rispetto a quella biologica, in ossequio al già illustrato sistema normativo, comporterebbe una eccessiva (“*sproporzionata*”) compressione dei diritti della persona (nella sfera relazionale e intersoggettiva), oltretutto

¹⁴² Applicabile *ratione temporis*.

estesa anche a persona diversa, cioè il coniuge, ancor più, dunque, ingiustificatamente colpito da tale interferenza statuale, diretta e altrimenti non eliminabile.

Alla Corte, il cosiddetto “divorzio imposto” appare incompatibile con gli artt. 2 e 29 della Costituzione e con gli artt. 8 e 12 della CEDU. Non va affatto sottovalutato poi l'importante richiamo che la Corte effettua nei confronti delle sentenze (già attentamente analizzate nei primi capitoli di questa trattazione) 138 del 2010, 4184 del 2012 e della Schalk e Kopf della CEDU; tale riferimento permette di sottolineare il rilievo costituzionale che ormai viene riconosciuto alle unioni same-sex seppur in un ordinamento tuttora caratterizzato dall'assenza di norme che gli attribuiscono un riconoscimento giuridico.

Ecco cosa la Suprema Corte afferma (sottolinea e ribadisce) alla luce delle suddette pronunce e dei relativi principi:

- la scelta di estendere il modello matrimoniale a unioni diverse da quelle di tipo eterosessuale è rimessa al legislatore il quale non incontra limiti di tipo costituzionale o provenienti dall'art. 12 CEDU;

- l'art. 12, letto in combinato disposto con l'art. 8 della Carta dei diritti dell'Unione Europea, tutela modelli matrimoniali diversi dall'eterosessuale, lasciando la libertà di applicare, estendendo o limitando le tipologie di unioni, ai singoli stati¹⁴³; quindi il carattere dell'eterosessualità non costituisce più una questione di ordine né pubblico, né interno;

- le unioni fondate su una stabile e continuativa *affectio* (non matrimoniali) ricevono dall'art. 2 Cost. e dall'art. 8 CEDU copertura costituzionale. Tale riconoscimento si estende (oltre la libertà di vivere

¹⁴³ Sentenza Schalk e Kopf, CEDU, 24/06/2010.

la propria condizione di coppia) alla situazione oggettiva della stabile convivenza e dei diritti che ne conseguono; nell'inciso “*diritto alla vita privata e familiare*” contenuto nell'art.8 CEDU l'attenzione è rivolta alle conseguenze relazionali delle scelte private, ossia alla dimensione familiare di tali scelte.

È in questo quadro, così rinnovato (si ricordi che già Corte Costituzionale nella sent. 161 del 1985 parlava di “*alveo di una civiltà giuridica in evoluzione*”) e sempre più arricchito dalla “*contaminazione delle fonti europee*” che, a parere della Suprema Corte, deve essere valutata la compatibilità costituzionale dell'art. 4 rispetto ai parametri forniti dagli artt. 2 e 29 Cost. e gli artt. 10 e 117, che interpongono i principi contenuti negli artt. 8 e 12 della CEDU.

È in questo quadro che la Corte di Cassazione prende una posizione netta e univoca, affermando che in merito allo scioglimento del vincolo coniugale, disposto dalla legge come conseguenza automatica della rettificazione di sesso, si determina “*l'eliminazione chirurgica di una relazione stabile e continuativa che ha dato vita ad un nucleo familiare, costituzionalmente protetto dall'art. 29 Cost.*”; non va dimenticato tra l'altro che proprio all'interno dell'*affectio coniugalis* (quindi col supporto e la condivisione del partner) è stata maturata la decisione del coniuge alla rettificazione.

Dunque per la Corte, la previsione giuridica in oggetto, sorvola sul rilievo (futuro) della stabilità di questo tipo di relazioni, ignorandone il valore di formazione sociale che la Costituzione e la giurisprudenza più recente gli garantiscono; in tal modo tale normativa si contrappone radicalmente all'ormai condivisa esigenza di riconoscere alle unioni di fatto, anche di tipo omosessuale, uno statuto giuridico di diritti e doveri¹⁴⁴.

144 Quanto meno “*in specifiche situazioni*”, così la Corte Costituzionale 138 del

La Corte sostiene che le scelte riguardanti la sfera emotiva e affettiva vanno esplicate al di fuori di qualunque forma di ingerenza statale; sostiene inoltre che il matrimonio è fondato sul carattere fondamentale del consenso, che deve persistere sia al momento della sua costituzione, sia al momento dello scioglimento: dunque il cosiddetto divorzio imposto “*mina alla radice*” il diritto alla identità di genere che è riconosciuto dalla rettificazione di sesso, infatti produce l'esclusione di una dimensione che ha uguale grado di importanza, quella relazionale.

La Corte tiene a sottolineare, con un attento richiamo, che la questione in esame aveva già, recentemente, avuto un certo rilievo in varie Corti costituzionali europee, nonché presso la CEDU. È qui che la Corte riporta i casi di Germania e Austria (di cui si è parlato nel paragrafo precedente), affermando, in una sorta di riflessione comparata, che l'ingerenza statale situata “a monte” o “a valle” del procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso, determina sempre la lesione di un diritto che ha “*la stessa natura, ampiezza e centralità, nello sviluppo della personalità dell'essere umano, di quello all'identità di genere*”. Secondo la Corte ne risulta minato il diritto all'autodeterminazione; inoltre, per effetto della rettificazione il preesistente matrimonio viene privato di qualsiasi ancoraggio giuridico e di qualsiasi forma di tutela.

La lesione al diritto appare ancora più forte nei confronti dell'altro coniuge, il quale è costretto a subire, *ipso iure*, gravi conseguenze nella sua sfera emotiva, visto che contro la sua volontà verrebbe a trovarsi nella condizione di essere privato dello status coniugale: il suo sacrificio è unilaterale e privo di compensazione, non c'è alcun bilanciamento nei suoi confronti, che si trova ad essere

2010.

privato di un fondamentale diritto della persona, garantito dagli artt. 2 e 29 Cost e 8 e 12 CEDU.

Al riguardo la Corte richiama nell'ordinanza in questione la recente pronuncia della Corte Europea dei diritti umani (già citato caso H. contro Finlandia, 2012) nella quale è affrontata una situazione simile al presente giudizio. Anche in questo caso, per entrare nel merito specifico della questione, rimando al paragrafo precedente, in cui ho anticipato i precedenti giudiziari europei tra cui appunto il caso finlandese.

Alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte Europea, l'assenza di proporzionalità e l'ingiustificata ingerenza dello Stato appaiono riscontrabili senza dubbio in un sistema (come il nostro) che non offre alcuna alternativa ai coniugi (a differenza della Finlandia in cui non è stato riscontrato alcun assetto discriminatorio nella trasformazione del matrimonio in una *civil partnership*), determinando quindi una netta soluzione di continuità tra passato e presente della relazione coniugale, “*decretandone l'irreversibile caducazione*”.

Non si capacita la Suprema Corte di come, nel nostro ordinamento, “*da uno stato di massima stabilità e protezione giuridica di tipo costituzionale e di diritto positivo non soltanto codicistico, si trasmigra verso una totale indeterminatezza del contesto giuridico all'interno del quale collocare la relazione che in origine era dotata del grado massimo di tutela*”.

Prima di proseguire verso l'altra prospettata causa di illegittimità costituzionale, la Corte di Cassazione ci tiene a rimarcare (seppur brevemente, e a mio parere con poca convinzione, tanto che sul punto tornerò in occasione delle mie considerazioni finali al caso) quanto già altre corti avevano affermato (anch'esse in modo abbastanza

superficiale) come conseguenza necessaria della differenza esistente tra il concetto di orientamento sessuale e di identità di genere: viene infatti sottolineato nell'ordinanza che la sfera dei diritti complessivamente connessi alla rettificazione di sesso e al fenomeno del transessualismo è del tutto peculiare e non equiparabile alla condizione delle coppie dello stesso sesso che a vario titolo chiedono il riconoscimento della loro condizione familiare e di coppia.

La Corte di Cassazione solleva poi un altro rilevante sospetto di incostituzionalità della norma in esame nei confronti del principio costituzionale contenuto nell'art. 24. L'art.2 della legge 164 del 1982 e l'art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2011 prevedono, nel procedimento di rettificazione, la notificazione del ricorso al coniuge e ai figli, ma pure prevedendo per il coniuge una posizione litisconsortile in tale giudizio, questi resta totalmente privo di tutela con riguardo all'effetto automatico dello scioglimento del vincolo, non potendo egli opporsi né in quella sede né in un separato giudizio; stessa "sorte" spetta ovviamente allo stesso coniuge che procede alla rettificazione del sesso. Per entrambi i soggetti è dunque evidente che manca il rispetto del dettato dell'art. 24 della Cost che come tutti sappiamo sancisce che *"Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi... la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento"*.

In conclusione, fra le ultime pagine del "considerato in diritto" di questa lunga e articolata ordinanza, la Cassazione solleva un ultimo dubbio di costituzionalità, partendo dal presupposto che nel nostro ordinamento non si ravvisano altre ipotesi di "divorzio imposto" *ex lege* che possano verificarsi senza l'impulso giudiziale di almeno uno dei coniugi; tale questione di legittimità riguarda il rapporto con l'art. 3 Cost, in combinato disposto con l'art. 24: per seguire il ragionamento

della Corte vanno assunte come punto di riferimento le ipotesi di scioglimento del vincolo o di cessazione degli effetti civili del matrimonio indicate nell'art. 3 legge 898 del 1970, che non richiedono da parte del giudice alcun controllo sull'effettiva disgregazione della convivenza familiare.

Esse rappresentano in pratica delle clausole solutorie che, per l'estrema gravità delle condotte che ne costituiscono la ragion d'essere, sono ritenute radicalmente impeditive della continuazione della convivenza coniugale; eppure, sottolinea la Corte, la riserva di giurisdizione e la necessità dell'istanza di parte non vengono meno neanche in queste situazioni. Questa diversità di regime giuridico appare del tutto priva di ragionevole giustificazione e quindi plausibilmente discriminatoria.

Sulla base di quanto si è detto sin qui, la Corte, di Cassazione, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza, rimette alla Corte Costituzionale la risoluzione delle questioni di legittimità con cura sollevate sulla base delle ragioni attentamente illustrate.

4.8 – Considerazioni conclusive

Come dicevo all'inizio di questo capitolo, fino all'anno 2009, la questione della possibile sopravvivenza del matrimonio fra due persone di cui una avesse intrapreso e concluso il percorso di rettifica del sesso, era considerato un "caso di scuola", non ritenendosi realmente possibile che un matrimonio potesse sopravvivere ad un evento così "*traumatico*".

Il caso che ho scelto di analizzare, quale fattispecie concreta ancora aperta (con tutte le questioni di principio che trascina con sé)

non ha ancora raggiunto un punto di approdo definitivo, cosa che però potrebbe avvenire a breve. Ad oggi, ritengo già possibile e opportuno poter effettuare delle considerazioni, basandomi sullo studio approfondito dell'ordinanza e dei riferimenti giuridici e giurisprudenziali che essa contiene e a cui rimanda, e ovviamente senza trascurare quanto la dottrina ha sin qui discusso e affermato (deve ammettersi comunque che il materiale disponibile è oggettivamente esiguo, sicuramente a causa del fatto che si sta affrontando una tematica molto recente).

Come abbiamo già detto ampiamente in precedenza, per la Corte Costituzionale la normativa del 1982 ha introdotto un concetto di identità sessuale nuovo, che pone la psiche, e non il fisico, alla base dell'identità di genere che viene riconosciuta dall'ordinamento. Si tratta di una presa di coscienza che travalica i confini del diritto e che indubbiamente rappresenta una pietra miliare nel progresso del pensiero, della cultura sociale.

Un presupposto da cui prendere le mosse per poter svolgere in pienezza questa riflessione, è che la nostra Costituzione sancisce il diritto a contrarre matrimonio e a continuare la vita familiare: tale norma (art. 29) deve essere intesa come un baluardo dell'autodeterminazione, della volontarietà, della libertà del cittadino (persona) che quindi deve essere garantito e tutelato da indebite ingerenze e intrusioni da parte della pubblica autorità¹⁴⁵.

In tal senso la dottrina più autorevole ha sottolineato come l'art. 29 imponga al Legislatore di salvaguardare *“una sfera nell'ambito*

145 L'art. 29 è stato scritto, difatti, proprio per scongiurare i tristi vincoli sofferti dalla libertà matrimoniale durante il regime fascista, coi noti limiti al diritto di sposare gli stranieri o gli ebrei. All'indomani della caduta del regime, i Costituenti vollero assicurare che lo Stato non potesse imporre autoritativamente concezioni ideologiche in ambito familiare.

della quale l'ordinamento statuale si asterrà dal penetrare, rispettoso dei valori e dei sentimenti individuali"¹⁴⁶.

Nel nostro ordinamento, mutamento di sesso e matrimonio non sono incompatibili, infatti la persona che abbia ottenuto l'autorizzazione (alla rettificazione) e abbia eseguito l'intervento chirurgico potrà proseguire il rapporto matrimoniale (se preesistente) o contrarne uno nuovo con persona fisicamente del proprio stesso sesso. Il "problema" subentra, come abbiamo ampiamente sottolineato, nel momento in cui viene richiesta la rettificazione del proprio nome e del proprio sesso a livello anagrafico (giuridico): è in tale caso che sorge una incompatibilità con la volontà di proseguire in un rapporto matrimoniale già esistente.

È il nostro ordinamento dunque che crea un'incompatibilità tra l'esercizio di due diritti, entrambi di rango costituzionale: il diritto al matrimonio e il diritto all'identità personale.

Complessivamente da questo caso è emersa una questione di grande importanza: la protezione della libertà matrimoniale della persona transessuale e dei suoi diritti soggettivi, così come le aspettative, lo status del coniuge e dei figli.

Lo scioglimento autoritativo del vincolo matrimoniale, ribattezzato ineccepibilmente "divorzio imposto", produce infatti effetti irragionevoli, talvolta persino *kafkiani*: irragionevoli perché lasciano i nubendi nel limbo dell'indeterminatezza civile, nella sfumata condizione di coniuge/non coniuge nell'attesa di una pronuncia, nell'attesa di un'interpretazione definitiva ed esaustiva della normativa; *kafkiani* perché a tale condizione si aggiunge il paradosso che mentre la condizione civile è quella appena descritta, per le autorità religiose (se presso di esse il matrimonio è stato celebrato) prosegue

146 SANDULLI, *Rapporti etico sociali*, art. 29, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian – Oppo – Trabucchi, Cedam, Padova, 1992, p. 9.

regolarmente (infatti la “sindrome transessuale” per il diritto canonico non è causa di estinzione del vincolo).

Partendo dall'assunto che il tipo di unione che stiamo osservando, quella tra due persone coniugate di cui una abbia cambiato sesso, rientra nella nozione di famiglia, e ovviamente nella nozione di formazione sociale degna di protezione a norma dell'art.2 della Cost, dell'art. 8 della CEDU e dell'art.9 della Carta Europea dei diritti, è curioso quanto osserva Gattuso in merito a ciò che ha pronunciato la Corte d'Appello di Bologna: l'affermazione per cui “*non possono darsi rapporti che restino... fuori d'ogni disciplina positiva*” è una contraddizione in termini, in quanto dovrebbe condurre ad una soluzione opposta a quella raggiunta dalla corte stessa, che ha pronunciato tale assunto; appare infatti dubbia quell'interpretazione della norma che fa conseguire alla rettificazione anagrafica di sesso il fatto che l'unione non rientra più nella nozione di matrimonio, privandola quindi di qualsiasi tutela, lasciandola fuori da ogni disciplina positiva.

Sono varie le obiezioni che siamo in grado di esprimere avverso alcuni dei commentatori della questione.

C'era chi aveva tentato di rendere lo scioglimento forzato compatibile e coerente con la Costituzione, cercando di ricondurlo alla previsione ex art. 149 c.c., che prevede l'estinzione del vincolo per “morte di uno dei coniugi”; è già a prima vista una teoria che non persuade affatto, infatti essa rischia di tracciare un inquietante parallelismo tra la sentenza di rettificazione e il decesso (“*il coniuge che, nella sua pregressa identità sessuale, è come se fosse morto, perché rinato in quella opposta e però incompatibile con l'ormai consunto matrimonio omosessuale*”¹⁴⁷); è una tesi palesemente forzata,

147 LA TORRE cit.

in primis perché finisce per considerare la persona viva che ha cambiato sesso come deceduta, quindi un “non-persona”, e inoltre, da un punto di vista logico, poiché pone sullo stesso piano un fatto (la morte) e un atto (la rettificazione).

Appare poco convincente anche la tesi secondo la quale la soluzione del vincolo sarebbe imposta in ragione delle conseguenze “*paradossali*” della prosecuzione di esso, “*come ad esempio la permanenza della presunzione di concepimento con riguardo al marito che appartenga ormai al sesso femminile*”; la peculiare presunzione di concepimento è infatti analoga e speculare a quella già tollerata dall'ordinamento, che si determina nelle ipotesi di nuovo matrimonio del transessuale (anche in tal caso infatti il marito, che biologicamente appartiene al sesso femminile, è presunto padre).

Sono poco convincenti anche quelle obiezioni che fanno leva sul “*paradosso*” della prosecuzione della convivenza dei figli coi genitori ormai dello stesso sesso; infatti la convivenza fra genitori e figli prescinde dalla sussistenza del vincolo matrimoniale, inoltre si deve osservare che dottrina e giurisprudenza non hanno mai escluso che il minore possa essere affidato al transessuale¹⁴⁸.

Come detto nei paragrafi precedenti, nell'ordinanza della Corte, viene sollevato e tracciato (seppure molto brevemente), “*il difficile*” paragone tra la differente situazione fra coppie *same-sex* e le vicende che riguardano persone che hanno cambiato sesso. In realtà, la ricostruzione della Corte, e il richiamo alle precedenti statuizioni, appare ammantata di una certa contraddittorietà, soprattutto perché è

148 Corte Cost 25/5/1985 n. 161 punto 13 del Considerato in diritto: «*anche il transessuale, ove mai avesse avuto figli da un matrimonio in precedenza contratto o dovesse averne – ma non da lui generati – dal “nuovo” matrimonio, sarebbe tenuto all'adempimento degli obblighi (di mantenimento, educazione ed istruzione) posti dalla legge a carico dei coniugi*».

innegabile l'esistenza di un *continuum* fra le questioni problematiche che ad esse presiedono: *“non può non riconoscersi, infatti, che la soluzione che si vuole contestare, ossia l'automatismo dello scioglimento del vincolo, è un precipitato dell'ancoraggio a una visione del matrimonio come unione esclusivamente riservata a un uomo e a una donna. A livello argomentativo, sarebbe stato importante, e forse più efficace, non rinunciare a priori a sfaldare la granitica resistenza del paradigma eterosessuale che scioglierebbe, inevitabilmente, anche i nodi posti da questo caso”*¹⁴⁹.

L'approfondita pronuncia della Corte, nel sottolineare come il mantenimento del vincolo coniugale dopo la rettificazione di sesso non incida in alcun modo sul contenuto tradizionale del matrimonio, e che non determina nessuna apertura verso il matrimonio tra persone dello stesso sesso, appare, in questa parte, abbastanza superficiale e contraddittoria, infatti, la decisione stessa della Corte contiene in sé alcune affermazioni di principio che hanno enorme rilevanza riguardo alla condizione giuridica delle persone omosessuali e riguardo al diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La Corte di Cassazione ripropone infatti con forte determinazione alcune affermazioni contenute nella nota sentenza 4184 del 2012, segnalandole come principi ormai assodati: *“la scelta di estendere il modello matrimoniale anche ad unioni diverse da quella eterosessuale è rimessa al legislatore ordinario”* e *“non sussiste un vincolo costituzionale (art.29) o proveniente dall'art.12 della CEDU in ordine all'esclusiva applicabilità del modello matrimoniali alle unioni eterosessuali”*.

La Corte inoltre afferma a chiare lettere che *“il carattere dell'eterosessualità non costituisce più un canone di ordine pubblico,*

¹⁴⁹ LORENZETTI, *Diritti in Transito, la condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli editore, 2013.

né interno, né internazionale”. Sono affermazioni, che richiamate in questo contesto non possono non creare un fil rouge che colleghi la questione del mantenimento del vincolo matrimoniale fra coniugi dello stesso sesso (in seguito a rettificazione) e coppie che intendono instaurare ex novo un vincolo di tale genere.

Una eventuale pronuncia di accoglimento andrebbe in questa direzione e farebbe sorgere una contraddittorietà aggiuntiva nella disciplina interna, in cui il matrimonio fra persone dello stesso sesso non è previsto. Qualche dubbio potrebbe essere sollevato in riferimento alla lettura che la Cassazione dà della riforma introdotta in ambito processuale (dal d. lgs. 150/2011), a rigore, non forzatamente orientata verso l’automatismo dello scioglimento. Questa opzione, infatti, appare sostenibile soltanto se si intenda l’art. 29 Cost. come origine del carattere eterosessuale del matrimonio, posizione che, tuttavia, non appare così indiscussa, potendosi combinare con l’apertura del modello matrimoniale anche a persone dello stesso sesso.

4.9 - In prospettiva: le possibili risposte della Corte

Sono estremamente varie le possibilità che il Giudice delle Leggi ha innanzi a sé, e su queste, la dottrina ha cercato già di emettere dei pronostici, basandosi su vari aspetti e aspettative, su argomentazioni tecniche e di principio.

L’ipotesi più probabile sembrerebbe quella dell’**inammissibilità**, utilizzando quale escamotage il richiamo al baluardo offerto dalla discrezionalità del legislatore: infatti appare indiscusso che la questione, chiamando in causa altri modelli matrimoniali diversi da quello previsto nel nostro ordinamento,

indirettamente chiama in causa il Legislatore e la sua sovranità. Inoltre, a supporto di tale ipotesi di inammissibilità potrebbe propendere anche il mancato tentativo di dare alla questione un'interpretazione conforme ai precetti Costituzionali: la Cassazione infatti non ha ritenuto di poter percorrere altre soluzioni, dando per invalicabile il carattere eterosessuale del matrimonio.

Osserva il Gattuso che la Corte *“riconosce che subito dopo l'entrata in vigore della legge del 1982, la dottrina “pressoché unanimemente” (dunque non tutta) riteneva che lo scioglimento fosse automatico e dopo la riforma del 1987 la “prevalente dottrina” aveva escluso un implicito effetto abrogativo del detto automatismo; dunque, la S.C. ammette che un orientamento dottrinario (a dire il vero non così minoritario) già da tempo aveva sottolineato la mancanza di effetti automatici, magari non condividendo e stigmatizzando la scelta (o l'imperizia) del legislatore. Sorge allora la domanda: se la Cassazione ritiene oggi che l'interpretazione che impone l'automatismo sia costituzionalmente illegittima, non avrebbe dovuto interpretare la norma secondo la sua lettera, rilevando che il divorzio “può essere domandato da uno dei coniugi”, con esegesi coincidente con una lettura costituzionalmente orientata?”*. L'assenza di questa lettura costituzionalmente orientata potrebbe dunque rappresentare la ragione che potrebbe spingere la Consulta verso l'ipotesi dell'inammissibilità, ipotesi che a parere di chi scrive esprimerebbe un orientamento della Corte forse un po' pavido, di certo eccessivamente tecnico, distante rispetto al nucleo delle questioni, quale baluardo di lotta per i diritti e di affermazioni di principi.

Se invece la Corte decidesse di rispolverare le medesime argomentazioni già espresse nella sentenza 138/2010, che allora condussero alla pronuncia di non fondatezza delle censure rivolte nei

confronti degli artt. 3 e 29, potrebbe preventivarsi la possibilità di una sentenza di **rigetto**: tale scelta potrebbe essere dettata dalla volontà della Corte di non percorrere la via di un'interpretazione creativa in ambito familiare; infatti è innegabile che accogliere la questione significherebbe implicitamente ammettere l'esistenza di un matrimonio same-sex; con un'eventuale accoglimento si introdurrebbe un elemento di incoerenza, dato dalla coesistenza di un effettivo matrimonio tra persone dello stesso sesso anagrafico e dal contemporaneo divieto di accesso all'istituto in casi simili. A parere di chi scrive, una scelta di questo tipo appare abbastanza improbabile, perché con essa si dovrebbe negare tassativamente l'esistenza di un vizio di costituzionalità della dichiarazione d'ufficio di cessazione del vincolo coniugale, in assenza di una domanda di parte e contro la volontà dei coniugi.

Altra ipotesi potrebbe essere una pronuncia **interpretativa di rigetto**, giustificata da argomentazioni che ritengano plausibile, da parte della Corte, un'interpretazione delle disposizioni impugnate che riesca a salvarle dalla dichiarazione di incostituzionalità, ma ciò apparirebbe in aperta contraddizione col fatto che già il giudice a quo ha omissis una interpretazione conforme a Costituzione.

Soluzione interessante potrebbe essere offerta da una **sentenza monito** con la quale la Corte potrebbe invitare il Legislatore ad intervenire e regolare la materia così da eliminare l'incongruenza che potrebbe derivare dalla situazione prospettata; tale soluzione sembrerebbe *“funzionale a evidenziare il disagio della Corte Costituzionale nell'ammettere una soluzione che ponga nel nulla, in assenza di volontà dei coniugi, un matrimonio validamente contratto”*; inoltre con tale scelta la Corte *“rispetterebbe la discrezionalità del Legislatore, riservandosi un'eventuale, futura declaratoria di*

incostituzionalità”. Tale ipotesi è apparentemente “politicamente corretta” ma, dal punto di vista della concretezza della realtà italiana, considerando i trascorsi del nostro organo legislativo, rischierebbe per essere la meno incisiva ed efficace.

Una soluzione che rappresenterebbe un compromesso tra il rispetto della discrezionalità del Legislatore e il ruolo di garante della legittimità delle leggi e dei diritti fondamentali, potrebbe essere una **additiva di principio**. In tal modo la Corte potrebbe esimersi dalla difficoltà di dove “sancire” una regola operante *erga omnes*; infatti, fissando essa un principio da attuarsi mediante l'intervento del legislatore, ad esso dovrebbero fare poi riferimento i giudici nei casi concreti.

La via di una **interpretativa di accoglimento** appare, al pari dell'eccezionalità della vicenda, la soluzione più eccezionale ma, a parere di chi scrive e di gran parte dei commentatori, la più auspicabile. È innegabile infatti che il caso all'esame della Consulta è peculiare e inconsueto; il suo accoglimento provocherebbe lo sgretolamento del più volte menzionato paradigma eterosessuale, tra l'altro ormai “*incrinato*”¹⁵⁰. E proprio nell'eccezionalità della vicenda che sarebbero riscontrabili gli elementi a favore del suo accoglimento: *in primis* perché non si può non considerare la potenziale implicazione della decisione della Corte sulla questione dei matrimoni omosessuali; inoltre non può essere ignorato il canone dell'unità familiare che solitamente, e anche in questo caso, fa propendere per la prosecuzione del vincolo coniugale e il mantenimento dell'unione¹⁵¹.

150 PEZZINI, *Un paradigma incrinato*, cit.

151 PEZZINI, *La struttura di genere della famiglia nella giurisprudenza costituzionale*, in Id. *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Sestante, 2012

Il riconoscimento della grande forza sprigionata proprio da questa tipologia di casi-limite potrebbe dunque consentire e favorire l'accoglimento della questione, circoscrivendo al minimo gli effetti sul regime matrimoniale, quale conseguenza indiretta con cui la Corte potrebbe confrontarsi¹⁵².

Un aspetto imprescindibile con cui la Corte dovrà scontrarsi è “*l'assenza di alternative nel sistema giuridico domestico*”, nel senso che non si dà ai coniugi nessuna alternativa rispetto al divorzio, cioè all'interruzione del vincolo che fino ad allora li teneva uniti stabilmente. La Corte potrebbe percorrere abilmente e districarsi all'interno della stretta via tracciata dal caso in questione, riservandosi per esempio una soluzione che mantenga il prolungamento degli effetti matrimoniali relativamente a determinati ambiti (fiscale, previdenziale, di alcuni diritti e doveri), senza perciò creare un impatto “*sulla decostruzione del modello matrimoniale ammesso dall'ordinamento*”¹⁵³.

In sostanza, è solo attraverso la valorizzazione del canone dell'unità familiare che si può salvare il carattere personalissimo del divorzio, che diminuisce di fronte alla tesi dello scioglimento automatico e inderogabile nel caso in cui uno dei coniugi cambi sesso.

152 D'ALOIA, *Il divorzio obbligato del transessuale. Ancora un “incerto del mestiere di vivere” davanti alla Corte Costituzionale*. Confronti Costituzionali, 2013.

153 PEZZINI, *Frontiere del corpo e limiti del diritto*, intervento al convegno *Migrazioni. Sessualità e generi in movimento*, 2012 (ad esempio, si potrebbe rinunciare all'attribuzione di un genere per alcuni scopi e momenti della vita, abbandonando la prospettiva del dualismo sessuale come interesse normativo rigidamente postulato dall'intero sistema).

Conclusioni

Nello svolgimento di questa tesi, ho cercato di tracciare i più rilevanti profili costituzionali che riguardano il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Italia, Paese in cui, come ho più volte e criticamente sottolineato, non è ancora ammesso, e in cui addirittura manca una qualsiasi normativa regolatrice delle forme di unione diverse dal matrimonio tradizionale, emblema del più volte citato, seppur ormai obsoleto, “*paradigma eterosessuale*”.

Dopo aver sommariamente tracciato un *excursus* delle tematiche relative alla situazione delle coppie di fatto in Italia, dei diritti e doveri che gli sono riconosciuti dal nostro ordinamento, delle proposte legislative approdate in Parlamento e mai approvate, dei dibattiti sorti a livello pubblico e mediatico sull'argomento, mi sono rivolto, con maggior attenzione e interesse, al profilo che ho ritenuto più importante ai fini dello sviluppo dell'argomento e quindi di questa tesi: l'analisi della giurisprudenza in tema di matrimoni tra persone dello stesso sesso, sia europea che italiana, sia di merito che di legittimità, cercando di evidenziare i principi costituzionali che essa ha interpretato e sancito.

Nel più volte ricordato inerte silenzio del legislatore, il lavoro delle corti è stato ed è ancora fondamentale ai fini della battaglia per il riconoscimento del diritto al matrimonio *same-sex*, ai fini della ricerca di una strada alternativa a quella legislativa, che trovi una via attraverso i principi della nostra Costituzione: di uguaglianza, di libertà personale e di riconoscimento delle formazioni sociali, che si

scontrano inevitabilmente con l' assenza di una esplicita previsione che testualmente vieta l'ammissibilità di questa forma matrimoniale.

Dopo aver dedicato un capitolo alla normativa e alla giurisprudenza europea, di cui è necessario sottolineare l'importanza e la chiarezza dell'art. 21 della Carta di Nizza e il valore rivoluzionario di alcune sentenze (fra cui in particolare la *Shalk and Kopf c. Austria*) della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ho analizzato con attenzione e maggior profondità due recenti sentenze italiane, una della Corte Costituzionale, l'altra della Corte di Cassazione, che hanno indubbiamente segnato due tappe fondamentali in questo cammino.

La sentenza 138 del 2010, pur avendo dichiarato l'inammissibilità e l'infondatezza delle questioni di legittimità prospettate, e dunque ribadendo (attraverso un'interpretazione restrittiva e poco convincente dell'art.29) il paradigma eterosessuale su cui si fonda il matrimonio nel nostro ordinamento, ha aperto su due aspetti di enorme importanza: innanzi tutto ha ricompreso la nozione di unione omosessuale all'interno della nozione di formazione sociale prevista dall'art. 2 della Costituzione, dunque considerandola un'unione da tutelare e garantire; in secondo luogo la Consulta ha affermato che è necessario intervenire con una disciplina di carattere generale, escludendo in tal modo soluzioni di mera autonomia privata e aprendo anzi alla riforma normativa, sollecitando dunque, in modo chiaro, l'intervento del legislatore.

La sentenza 4184 del 2012, complessa e articolata, supera la precedente statuizione di legittimità e si apre alla recente giurisprudenza della Corte Edu; essa, pur vietando la richiesta trascrizione in Italia del matrimonio omosessuale contratto all'estero, è

decisamente ricca di affermazioni rivoluzionarie: innanzi tutto, per quanto riguarda il motivo stesso del suddetto diniego, la Corte ha specificato che, al contrario di quanto la giurisprudenza ha ritenuto fino ad oggi, il matrimonio *same-sex* non è inesistente per mancanza di uno dei suoi presupposti essenziali (la diversità di sesso), ma è semplicemente “inidoneo a produrre ... qualsiasi effetto nell’ordinamento italiano”; inoltre la Cassazione ha stabilito che i componenti della coppia omosessuale (“*conviventi in stabile relazione di fatto*”) sono titolari del diritto alla vita familiare e del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia (possono infatti adire i giudici comuni per far valere il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata).

Da questi due punti essenziali derivano altri importanti aspetti: è palese infatti che con questa statuizione viene superato il paradigma eterosessuale del matrimonio, la differenza di sesso non è più da considerare un elemento naturalistico del matrimonio; inoltre, anche in questo caso, la Corte si rivolge e sollecita il ruolo del Legislatore, prospettando un cambiamento già in atto, ineludibile e non più trascurabile.

L'ultimo capitolo di questa tesi, che ho dedicato all'analisi dell'ancora aperto caso Bernaroli (di cui ho sviluppato le possibili prospettive), credo che rappresenti il collegamento perfetto ed emblematico tra tutte le tematiche e i principi che sono il nucleo dell'argomento in esame:

- il rapporto fra il sesso, l'orientamento sessuale, l'identità di genere e il matrimonio, sia nel senso del diritto di accesso al vincolo, sia nel senso del diritto di permanenza nel vincolo;
- il rapporto fra la volontà e l'autodeterminazione, che sono alla

base dell'istituto sia del matrimonio che del divorzio, e i limiti e le imposizioni statali nei confronti di esse;

- il rapporto fra l'esercizio del diritto alla libertà personale e all'uguaglianza e la discriminatoria violazione di tali diritti da parte del potere statale.

Come sostenuto dalla dottrina prevalente, quello al matrimonio fra persone dello stesso sesso, rappresenta un diritto “fondamentale”, e come tale dovrebbe essere riconosciuto dall'ordinamento giuridico di ogni rango.

La mancanza del suo riconoscimento è il risultato della permanenza di regole discriminatorie, retaggio di una preoccupante arretratezza culturale, che da sempre ha osteggiato i diritti delle minoranze, provocando l'emarginazione e nei casi peggiori la persecuzione dei “diversi”.

Come scrivevo nell'introduzione di questa tesi, credo che oggi si respiri un'aria nuova, un vento che spinge verso una diversa direzione. L'Occidente sta vivendo una eccezionale *primavera dei diritti*, e, come esso, l'Italia non potrà esimersi ancora a lungo dal prendere atto di questo importante cambiamento sociale e culturale, e renderlo vivo, attuale, concreto, come è giusto che sia, attraverso il Diritto.

Appendice - Cronologia delle proposte di legge sulle unioni civili al Parlamento italiano

- 1986 - L'"Interparlamentare donne comuniste" presenta una proposta di legge sia al Senato (prima firmataria on. Ersilia Salvato) che alla Camera dei deputati (prime firmatarie erano le deputate Romana Bianchi e Angela Bottari)
- 1987 - Arcigay presenta ad un convegno in Parlamento una *Legge per il riconoscimento legale delle convivenze di fatto* (vedi: Arcigay nazionale (a cura di *Omosessuali e Stato*, Cassero, Bologna 1988, p.70).
- 1988 - Alma Agata Cappiello presenta alla Camera dei deputati la proposta di legge *Disciplina della famiglia di fatto* (2340).
- 1993 - Graziano Cioni presenta alla Camera dei deputati la proposta di legge *In materia di unioni civili* (3426).
- 1994 - Nichi Vendola presenta alla Camera dei deputati la proposta di legge *Disposizioni in materia di unioni civili*.
 - Graziano Cioni presenta alla Camera dei deputati la proposta di legge *Disposizioni in materia di unioni civili*.
- 1996
 - Nichi Vendola presenta alla Camera dei deputati la proposta di legge *Disciplina delle Unioni civili* (1020)
 - Luigi Manconi presenta al Senato la proposta di legge *Normativa sulle unioni civili* (935).
 - Ersilia Salvato presenta la proposta di legge *Disciplina delle unioni civili* (1518).
 - Gloria Buffo presenta la proposta di legge *Norme sulle unioni civili* (2870).

•1997

- Graziano Cioni presenta la proposta di legge *Disposizioni in materia di unioni civili* (2725).

• 1998 - Antonio Soda presenta la proposta di legge *Disciplina dell'unione affettiva*(4657).

• 2000

-Maurizio Paissan presenta la proposta di legge *Norme sulle unioni civili* (7292).

• 2001

- Fiorello Cortiana presenta al Senato la proposta di legge *Normativa sulle unioni civili*(47).

- Titti De Simone presenta alla Camera dei deputati la proposta di legge *Disciplina delle unioni civili*(716).

- Katia Belillo presenta la proposta di legge 795 sulle unioni civili.

- Luigi Malabarba presenta al Senato la proposta di legge *Disciplina delle unioni civili*(305).

-Alfonso Pecoraro Scanio presenta alla Camera dei deputati la proposta di legge *Norme sulle unioni civili* (1232).

-Antonio Soda presenta la proposta 1610 sulle unioni civili.

•2002

- Franco Grillini presenta alla Camera dei deputati la proposta di legge *Istituzione del registro delle unioni civili di coppie dello stesso sesso o di sesso diverso e possibilità per le persone dello stesso sesso di accedere all'istituto del matrimonio* (2982).

- Franco Grillini presenta alla Camera dei deputati la proposta di legge *Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto* (3296).

•2003

- Franco Grillini presenta alla Camera dei deputati la proposta di legge *Disciplina dell'unione affettiva* (3893)

- Dario Rivolta presenta la proposta 4334 sulle unioni civili.
- Alessandra Mussolini presenta la proposta 4405 sulle unioni civili.
- Enrico Buemi presenta la proposta 4442 sulle unioni civili.
- Katia Bellillo presenta la proposta 44782 sulle unioni civili.
- Chiara Moroni presenta la proposta 4585 sulle unioni civili.
- Il Consiglio regionale toscano presenta la proposta 4588 sulle unioni civili.
- 2004 -Titti De Simone presenta alla Camera dei deputati la proposta di legge *Disciplina delle unioni civili* (5321).
- 2007 Viene approvato dal Consiglio dei ministri il disegno di legge che formalizza i riconoscimenti delle convivenze in Italia, sotto il nome di DICO¹⁵⁴.
- 2013 Presentato in Senato disegno di legge dal titolo “Norme contro la discriminazione matrimoniale” su iniziativa dei senatori Lo Giudice, Albano, Broglia, Casson ecc.

154 Fonti varie, soprattutto tramite siti web ufficiali del Governo e del Parlamento italiano.

Bibliografia

ANGELINI, *I “compromessi sposi”: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, Associazione Italiana Costituzionalisti, N.00 del 02.07.2010.

BALESTRA, *Un recente convegno francese sulle convivenze fuori dal matrimonio*, In *Famiglia*, 2002

BARBERA, *Commento all’art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, 50

BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001;

BIANCA, *La Famiglia*, Giuffrè, 2005

BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Giur. it.*, 2010.

BILOTTA, *Il Digesto delle discipline privatistiche* (Transessualismo, Utet 2013)

BONILINI, *La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. n.164/1982*, in *Commentario Schlesinger*, 2004

CAGGIA, ZOPPIN, *Art. 29*, in *Commentario alla Costituzione*, R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Torino, 2006, 605-606.

CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, www.forumcostituzionale.it (31 maggio 2010).

CATALDO, *Diritto alla vita familiare per le coppie omosessuali: verso il riconoscimento del diritto al matrimonio?* - Forum Quaderni Costituzionali, 2012

CHERCHI, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, www.costituzionalismo.it

CHIASSONI, *La grande elusione. Tecnica e cultura nella giurisprudenza sul matrimonio omosessuale*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2001, vol. I, 863 ss.

CONTE, *Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo* - Corriere giuridico 4/2011 Convegno “*Matrimonio omosessuale. Diritto, morale e politica*”, Università degli Studi di Milano, Giugno 2011

COPPOLA, *La successione del convivente more uxorio*, in *Famiglia*, 2003

CORRADO, *Confronto aperto sulle altre proposte presentate in Parlamento*, in *Il Sole 24 Ore - Famiglia e Minori*, 1 marzo 2007

CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione*

evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale, in www.forumcostituzionale.it 2010;

D'ALOIA, *Il divorzio obbligato del transessuale. Ancora un “incerto del mestiere di vivere” davanti alla Corte Costituzionale*. Confronti Costituzionali, 2013.

D'AMICO, Convegno “*Matrimonio omosessuale. Diritto, morale e politica*”, Milano, 2010.

D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino 2001 *d'integrazione europea*, in *Guida al diritto*, 2010, 19, 22 ss.

DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2001, vol. II, 1195 ss.

DANISI, *Famiglia di fatto e unioni omosessuali, Itinerari della giurisprudenza*. Famiglia e diritto, 10/2012 (Itinerari della giurisprudenza)

DANISI, *Caso Kozak c. Polonia* (Giurisprudenza Persona- Famiglia e diritto 10/2010)

DANISI, *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale* - www.forumcostituzionale.it

DE GRAZIA, *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo: alcune considerazioni*, in Riv. dir. Pubbl. comp. ed eur, 2002, 1069 ss.

DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione*, AIC, RIVISTA N°: 1/2012.
Diritti umani in Italia, Rivista Scientifica di Informazione giuridica
ISSN 2240-2861.

DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Utet, Torino, 1995

FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo* (Relazione al Seminario di alta formazione internazionale *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, diritto dell'Unione europea e diritto interno*, Imperia, 12/11/2011

FERRANDO, nella Relazione al Convegno su “*La pronuncia della Corte costituzionale sui matrimoni same sex: quali effetti, quali prospettive?*”, Bergamo, 4 febbraio 2011, Casa editrice Jovene

FIORINI, *Un ulteriore ritardo nel varo di regole ad hoc rallenta il processo*

GATTUSO, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 2007, pag. 456.

GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del*

mutamento di sesso di uno dei coniugi – Il diritto di famiglia e delle persone, 2012.

GRASSO, *Le convivenze non fondate sul matrimonio. Prospettive di riforma e confronto con la legislazione straniera*, Testo della relazione tenuta all'incontro di studi sul tema: *I rapporti familiari non fondati sul matrimonio* – Messina, 2007

GUAIANA, *Dal cuore delle coppie al cuore del diritto -L'udienza alla Corte Costituzionale per il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, Stampa Alternativa (Certi Diritti), 2011.

LINGIARDI, *Citizen gay. Famiglie, diritti negati e salute mentale*, Il Saggiatore, 2007

LOLLO, *Società naturale e matrimonio tra omosessuali*. (Raccolta Amicus Curiae- Atti dei seminari preventivi ferraresi – Giappichelli Editore, 2010.

LORENZETTI, *Diritti in Transito, la condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli editore, 2013.

LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, III, 1067

MASSA PINTO, *“Fiat matrimonio!” L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte Costituzionale, Corte Europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione*, AIC, rivista n.2/2012

MASSA PINTO, TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio” ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, www.dircost.unito.it

MELI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali*, NGCC 2012.

MOSCATI, *Tre motivi empirici e legali per dire sì al matrimonio tra persone dello stesso sesso in Italia. (amicus curiae)* – Giappichelli Editore, 2010.

ONIDA, *Quando la Corte non vuole decidere*, in *Rivista dell'AIC*, 2011, n. 2.

PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in S. Rodotà e P. Zatti (dir.), *Trattato di biodiritto - Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011

PANIZZA, ROMBOLI, *L'attuazione della Costituzione- Recenti riforme e ipotesi di revisione*, Edizioni Plus, 2002.

PERRONE, AIC - Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti - N.00 del 02.07.2010

PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere, uguali in natura o uguali in diritto? LA SOCIETÀ NATURALE E IL SUO DIRITTO Amicus Curiae*, Ferrara 26 febbraio 2010

PEZZINI, *Frontiere del corpo e limiti del diritto*, intervento al convegno *Migrazioni. Sessualità e*

PEZZINI, *Il matrimonio same- sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2715 ss.

PEZZINI, *La Società Naturale e suoi nemici – Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*. (Amicus curiae, atti dei seminari preventivi ferraresi) – Giappichelli Editore, 2010

PEZZINI, *La struttura di genere della famiglia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Id. Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Sestante, 2012

PEZZINI, *Relazione introduttiva* Convegno “*La pronuncia della Corte costituzionale sui matrimoni same sex: quali effetti, quali prospettive?*”, Bergamo, 4 febbraio 2011.

PEZZINI, *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere*, Sestante edizioni, Bergamo, 2012

PEZZINI, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, Forum Quaderni Costituzionali.

PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, NGCC 2010, Parte seconda.

PINELLI, *La Nota del Consiglio Episcopale Permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (22.5.2007).

PRADUROUX, *L'attualità del contributo della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'evoluzione del diritto privato italiano e francese*, in

PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2001, vol. III, 2697 ss.

RAGNI, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 4 n. 3, 2010.

Riv. crit. dir. Priv., 2003, 705 ss., 707

ROMBOLI *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1368.

ROMBOLI, *La sentenza 138/12010 della Corte Costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, AIC, rivista n.3/2011

ROSSI, *Problemi attuali delle libertà costituzionali*, ed. Plus 2009, pag. 229

SAITTO, *A proposito di Diritti in transito di Anna Lorenzetti: riconoscimento e tutela della diversità nel caso dei diritti delle*

persone transessuali, articolo su www.diritticomparati.it

SANDULLI, *Rapporti etico sociali*, art. 29, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian – Oppo – Trabucchi, Cedam, Padova, 1992, p. 9.

SANTOSUOSSO, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, Dir. Fam, 2009

SEGNI, *La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, Famiglia, Persone e Successioni, aprile 2012.

SILEONI, *Perché la Consulta ha detto no al matrimonio gay. Invitando il parlamento a non nascondersi*, www.libertiamo.it

SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, in www.forumcostituzionale.it (27.4.2010).

TINCANI, *Matrimonio omosessuale, se il codice civile prevale sulla Costituzione*, www.micromega-online (22 aprile 2010).

VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, Studium iuris, 2010

WINKLER, *Matrimonio, se il marito diventa una lei*, articolo de www.ilfattoquotidiano.it (tramite www.articolo29.it), 2013.

WINKLER, STRAZIO, *L'abominevole diritto, Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, il Saggiatore 2011.

Riferimenti normativi e giurisprudenziali

- Carta dei diritti dell'UE, art.7, (rispetto della vita privata e familiare), art.9 (diritto a sposarsi e costituire una famiglia), art. 21, (diritto a non essere discriminati).
- CEDU, art. 8 (diritto alla vita privata e familiare), art.12 (diritto al matrimonio), art. 14 (divieto di discriminazione)
- Risoluzione per la parità dei diritti omosessuali e delle lesbiche nella Comunità europea dell'8 febbraio 1994

- Francia, legge n. 99-944 del 15 novembre 1999 (*Du pacte civil de solidarité et du concubinage*).

- D.p.r. n.396 del 2000
- Decreto luogotenenziale 27 ottobre 1918, n. 1276
- Legge 392/1978 (c.d. legge sull'equo canone)
- Legge 40 2004 articolo 4, comma 1
- Legge 898 del 1970 (Divorzio)
- Legge n. 164 del 1982
- Legge n. 74 del 1987
- Legge n° 196 del 2003 ("Codice in materia di protezione dei dati personali")
- Regio decreto n. 773 il 18 giugno 1931 (periodo fascista)

- Corte Edu, Erife Yi It c. Governo Turchia, 2009
- Corte Edu, Fretté c. Francia, 2002
- Corte Edu, Goodwin v UK, 2002
- Corte Edu, sentenza Schalk e Kopf, 2010

- Corte Edu, Smith e Grady c. UK, 1999
- Corte Edu, Schalk e Kopf c. Austria, 2010

- Corte Costituzionale, sentenza n. 161/1985
- Corte Costituzionale, sentenza n. 138/2010
- Corte Costituzionale, sentenza n. 161/1985
- Corte Costituzionale, sentenza n. 245/2011
- Corte Costituzionale, sentenza n. 317/2009
- Corte Costituzionale, sentenza n. 98/1979

- Corte Cassazione, sentenza n. 1328/2011
- Corte Cassazione, sentenza n. 1847/1972
- Corte Cassazione, sentenza n. 23725/2008.
- Corte Cassazione, sentenza n. 3548 2013,

- Corte Appello Bologna, decreto del 4/2/2011
- Corte d'Appello Bologna, decreto 859/10 R.G.V.G.
- Corte d'Appello Trento, ordinanza 29/06/2009

- Tribunale di Reggio Emilia, 14/02/2012
- Tribunale Fermo, 28/2/1996
- Tribunale Modena, 27/10/2010
- Tribunale Palermo, 17/3/1972
- Tribunale Roma, 3/12/1982
- Tribunale Venezia, 03/04/2009

